وزارة التعليم العالي

جامعة الجزائر

معهد الحقوق والعلوم الادارية

اسباب انحلال الزواج في قانون الأسرة الجزائري

دراسة مقارنة

بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير فى العقود والمسؤولية

اعداد الطالب

عياش عوفي

لجنة المناقشة

1 ______________

2 ______________

3 ______________

4 ______________

اشراف

الدكتور عبد القادر احمد حسين

1409هـ - 1989م

بسم الله الرحمن الرحيم

"رب اشرح لي صدري ويسر لي أمري
واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي"

صدق الله العظيم

مقدمة

المقدمـــــــة

الحمد لله رب العالمين ، احمده و استعين به و اسير على صراطه المستقيم ، و اصلي على نبيه الكريم .

ان القوانين منذ القدم قد ميزت الاحوال العينية عن الاحوال الشخصية — التي تشمل نظام الاسرة — فبعض الدول تفرد لهذا النظام قانونا خاصا تسميه " قانون الاحوال الشخصية " مثل الدول الاسلامية ، و البعض الآخر يفرد له مواد ضمن القانون المدني كما هو الوضع بالنسبة لفرنسا .

و لقد تلافى المشرع الجزائري الجدل الذي ثار حول تسمية قانون الاحوال الشخصية بقانون الاسرة لما في هذا الاخير من الدقة و الوضوح .

و لم يصدر هذا القانون عفويا اذ الثابت ان الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي سنة 1830 كانت تطبق مبادئ و احكام الشريعة الاسلامية ، و كانت احكام مذهب مالك على الخصوص هي المطبقة على التراب الجزائري باستثناء مدينة الجزائر حيث طبقت فيها احكام المذهب الحنفي على الجالية التركية ، كما طبق المذهب الاباضي على الاباضيين في معاملاتهم مع بعضهم .

وبعد ان تمكن الاستعمار الفرنسي من بسط سيطرته على الاراضي الجزائرية بادرت الدولة الفرنسية الى العمل على احكام نظامها القانوني فاوقفت الاعمال باحكام الشريعة الاسلامية واحلت محلها نظمها وقوانينها الوضعية ، باستثناء بعض الاحكام التي كانت تمسك الجزائريين بها شديدا ، خصوصا تلك التي تتعلق بالاسرة التي بقيت احكامها تستمد من الشريعة الاسلامية ، اذ كان يفصل فيها وفق مذهب الامام مالك بمعرفة قضاة من المسلمين .

وحتى عندما اراد الاستعمار الاستئثار بولاية القضاء ، فانه اضطر الى تعيين قضاة فرنسيين الى جانب القضاة الجزائريين فيما يتعلق بقضاء الاحوال الشخصية (1) . وبعد ذلك بدات الادارة الفرنسية في اصدار تشريعات محدودة تنظم بعض مسائل الاحوال الشخصية ، كتشريع احكام الاهلية والوصاية ، وقانون 1957/7/11 الذي ينظم احكام الغائب والمفقود ، والامر رقم 59/274 الصادر في 1959/2/4 ينظم بعض احكام الزواج والطلاق والنفقة والحضانة .

---

(1) محمد الحسين حنفي ، تقنيات الاحوال الشخصية في الجزائر ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية — ص 168 سنة 1974 عدد 2 .

و المرسوم رقم 1082/59 الصادر في 17/9/ 1959 بلائحة تطبيق الامر رقم 274/59 المشار اليه . و استمر العمل بذلك الى الاستقلال ، اين شرعت الحكومة في اصدار التشريعات المنظمة للادارة و المعاملات وارجىء النظر في اصدار قانون ينظم الاسرة لحين استكمال الهيكل القانوني ، حيث صدر قانون 11/84 المورخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 ، المتضمن لقانون الاسرة ، عالج فيه المشرع احكام الزواج و ما يتعلق به من نسب ، والطلاق و ما يتعلق به من نفقة وعدة ، و النيابة الشرعية و الولاية و الوصاية و التقديم و الحجر و المفقود و الغائب و الكفالة ، و احكام الميراث و قسمة التركات و احكام التبرعات كالهبة و الوقف ، فكان هذا القانون منظم للاسرة .

و المشرع الجزائري كما ستظهره الدراسة لم يلتزم السير على مذهب الامام مالك باعتبارة المذهب السائد في عدة مسائل كما ستظهره الدراسة و منها على سبيل المثال لا الحصر مسالة الشرط .

منهج البحث :

نظرا لكون التقنين لم يلتزم بمذهب واحد من المذاهب الاسلامية ، اذ لو سار على واحد منها لكان هو المذهب المالكي باعتباره المذهب المطبق في بلدان المغرب العربي ، فهو قد التزمه في مسائل و افترق عنه في اخرى ، الامر الذي يوحي بان المشرع اراد التحرر من التقيد بمذهب واحد في جميع جزئياته ، ذلك ان المذهب الواحد لا يتناول كل جوانب المسائل ، و جزئياتها ، مما يستوجب الاستناد بمذهب اخر من اجل تحقيق التيسير و رفع الحرج .

و بناء على ذلك سوف يعتمد البحث على الدراسة المقارنة بين القانون من جهة ، و المذاهب الاربعة في بعض المسائل التي تجب المقارنة فيها .

مصادر البحث :

لا تفوتني الاشارة الى المصادر فبالاضافة الى اعمدة مصادر الشريعة وهي : كتب تفسير القرآن و علومه ، فقد اعتمدت بالمراجع الخاصة باهل السنة ، الظاهرية والزيدية بقدر ما تدعو اليه المقارنة ، واضعا في الاعتبار دائما ما تناوله مذهب الامام مالك من مراجع ، بصفته المذهب السائد

في الجزائر ، وسيرا على مناهج الباحثين في علوم الشريعة ، ذكرت المراجع العامة التي استفدت منها بصرف النظر عن الاشارة اليها في الهوامش ، وهي الاصول العامة لفقه الشريعة كمراجع اصول الفقه . كما اعتمدت على كتب التراجم التي رجعت اليها فيما يتعلق ببعض الوقائع و الاثار .

و ختمت البحث بالمراجع و الكتب الفقهية الحديثة عامها و خاصها ، بالاضافة الى صحاح اللغة العربية و المجلات القانونية واحكام القضاء .

خطة البحث :

تبعا لما تقدم قسمت البحث الى فصل تمهيدي و بابين .

الفصل التمهيدي تناولت فيه تعريف الطلاق و انواعه ، ثم التعسف و ادلة المتعة و موقف كل من الفقه و القانون منها .

الباب الاول : خصصته لفرق الطلاق و قسمته الى ثلاثة فصول .
الفصل الاول : خصصته للضرر ، الفصل الثاني للفرقة لعدم الانفاق اما الفصل الثالث فتناولت فيه الفرق التي لا تتوقف على القضاء .

الباب الثاني : خصصته لفرق الفسخ و قسمته ايضا الى ثلاثة فصول :
تناولت في الاول : الفرق بين الطلاق و الفسخ و الثاني الفسخ القضائي اما الثالث فقد خصصته للفرقة بسبب اللعان .

الفصل التمهيدي

فصل تمهيدي

تعريف الطلاق و انواعه

الفرق في اللغة جمع مفرده كغرف و غرفة ، و الفرقة الاسم من فارقته مفارقة و فراقا و هو من الافتراق عند الاجتماع (1) . و فرق النكاح ما تنحل به عقدته فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية (2) . فهي كما تطلق على الاثر تطلق على السبب المشروع الموصل الى ذلك ، كتطليق الزوج زوجته ، وظهور ما يقتضي انفساخ الزواج او حكم القاضي به .

و الطلاق لغة : هو الترك او المفارقة ، يقال طلق البلاد اي تركها و فارقها ، و الطالق من الابل المرسل يرعى حيث شاء . و الطليق : الاسير الذي اطلق عنه اساره و خلى سبيله . و طلق امراته تطليقا ، و طلقت بفتح اللام طلاقا فهي طالق و طالقة ايضا .

قال الاخفش: لا يقال طلقت بالضم طلقت زوجها بفتح الطاء و اللام ، بانت فهي طالق و اطلقها و طلقها فهو رجل مطلاق ،

---

(1) راجع الصحاح في اللغة و العلوم للجوهري ، اعداد و تقديم اسامة مرعشلي ، ج 2 ص 239 .

(2) راجع الشيخ علي الخفيف ، فرق الزواج في المذاهب الاسلامية ص 1 .

و رجل مطليق كثير الطلاق [1] .

و في الاصطلاح الشرعي عرفه الاحناف و جمهور الحنابلة بانه :

" رفع قيد النكاح في الحال او المال بلفظ مخصوص يصدره المطلق بنفسه او بواسطة غيره [2] " .

فالطلاق تنحل به رابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج او من قام مقامه حالا او مآلا .

و لقد ذهب المالكية الى القول بانه : " حل عقدة النكاح " و المشهور في المذهب ان الطلاق بنوعيه الرجعي و البائن يستوجب تحريم الاستمتاع بالمطلقة في الحال [3] .

و الكلام عن الطلاق يتناول انواعه و دليله و ما يتصل به ، و على ذلك ينقسم هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الاول : انواع الطلاق .

المبحث الثاني : التعسف في الطلاق .

(1) راجع مختار الصحاح لابي بكر بن عبد القادر الرازي ، ص 396 ط 1937

(2) صحيح البخاري ج 9 ، ص 284 . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكساني ج 3 ، ص 88 ، باب الطلاق .

(3) بلغة السالك لاقرب المسالك الى مذهب الامام مالك على الشرح الصغير للدردير ، ج 1 ، ص 447 ، فصل الطلاق .

المبحث الاول

انواع الطلاق

يتنوع الطلاق من حيث الاثر المترتب عليه من امكان المطلق مراجعة مطلقته في العدة الى طلاق رجعي و طلاق بائن ، و يتنوع الطلاق البائن الى بائن بينونة صغرى يجوز فيها ان يستانف الزوجان الحياة الزوجية بعقد و مهر جديدين . و بائن بينونة كبرى لا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره .

لذلك ينقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الاول : الطلاق الرجعي .

المطلب الثاني: الطلاق البائن .

المطلب الاول

الطلاق الرجعي

الطلاق الرجعي هو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته اثناء العدة دون توقف ذلك على رضاها و دون مهر و عقد جديدين .

و هو الاصل في الطلاق ، و شرطه ان يقع في مدخول بها لقوله تعالى :

" يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و احصوا العدة . . .

الى قوله تعالى — لعل الله يحدث بعد ذلك امرا . "(1)

و قوله تعالى : " و المطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء . . . الى قوله

تعالى — و بعولتهن احق بردهن(2) . "

فقد جعل الله للزوج حق مراجعة زوجته و ردها اليه و هذا

هو الامساك بالمعروف الوارد في قوله تعالى : " الطلاق مرتان فامساك

بمعروف او تسريح باحسان(3) . " .

و من السنة طلاق ابن عمر ثم مراجعة زوجته في العدة(4) .

---

(1) سورة الطلاق الاية 1 .

(2) سورة البقرة ، الاية 22 .

(3) سورة البقرة ، الاية 229 .

(4) صحيح البخاري ج 9 ص 265 .

شـروطـــه[1] :

1 ـ ان يقع في المدخول بها لانه في غير المدخول بها يقع فسخا لا طلاقا

2 ـ ان لا يكون الطلاق مكملا للثلاث او يقع به ثلاث طلقات لانه بذلك يصير بائنا .

3 ـ ان تقع الرجعة في اثناء العدة ، لان الزوجية في خلالها تعتبر قائمة حكما ، فاذا خرجت من العدة بانت منه .

حـكـمـه :

1 ـ بقاء الحل والملك وما يترتب على ذلك من حقوق وواجبات متبادلة فلها عليه النفقة والكسوة والسكنى ، وله عليها الطاعة والقرار في البيت لان الزوجية باقية حكما فيكون له مخالعتها وله ان يطلقها ، وان يولي او يظاهر منها او يلاعنها ، وله التمتع بها وهو ما ذهب اليه مالك والشافعي حيث قالا : ان الطلاق الرجعي لا ينهي الزوجية في الحال .

---

(1) سنن الدارقطني ، ج 4 ، ص 5 و 6 . بلغة السالك ، ج 1 ص 448 المرجع السابق . الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوق عليه ، ج 2 ص 362 . بداية المجتهد ونهاية المقتصد للامام ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي ج 2، ص 60 و 61 .

لكنهما يريان بانه يزيل مع ذلك حل التمتع لكل منهما بالاخر خلافا للاحناف ، وعند المالكية يحرم عليه التمتع بزوجته قبل المراجعة — بنظارة او بغيرها من رؤية شعر او اختلاء بها ، فلا يكلمها ولا يدخل عليها ولو كان معها من يحفظها ، ولا ياكل معها ولو كان بنيته مراجعتها . ويجوز له رؤية وجهها او كفيها بغير لذة اتفاقا .(1) لان الزوجية بعد الطلاق الرجعي باقية ولكن لا يستمتع احدهما بالاخر فان معها ولم يراجعها فعليه المهر ، ولا حد عليه ولا يحزر الا اذا علم تحريم مباشرتها(2).

واختلفت الروايات في المذهب الحنبلي ، قيل : ان المطلقة رجعيا محرمة على مطلقها في اثناء العدة وهذا هو ظاهر كلام الخرقي كما انه مذهب عطاء بن رباح . وقيل له ان يسافر معها ويخلو بها ويطأها لانها في حكم الزوجات .

---

(1) راجع الخرشي ، ج 4 ، ص 100 . المغني لابن قدامى ، ج 8 ، ص 477 .

(2) المهذب لابي اسحق الشرازي الشافعي ج 2 ، ص 110 .

و قيل تحتجب عنه ، و ظاهر المذهب انه يباح الاستمتاع بها[1]

2 ـ ثبوت التوارث بينهما اثناء العدة بالاتفاق ، فاذا مات احدهما ورثه الاخر

3 ـ تحريم الجمع بينها و بين من لا يجوز ان يتزوجها و هي في عصمته كاختها و عمتها ، و يسري على هذا الطلاق كافة اسباب التحريم .

4 ـ عدم حلول المهر المؤجل لا قرب الاجلين : الطلاق او الوفاة حتى تنتهي العدة دون مراجعتها لان الزوجية ما زالت قائمة حكما .

دليل الرجعة :

ورد الدليل على الرجعة في الكتاب والسنة واجماع الفقهاء .

ا ـ الكتاب :

ورد الدليل على الرجعة في الكتاب في قوله تعالى : " و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا و من يفعل ذلك فقد ظلم نفسه[2] . "

---

(1) المغني جـ 8 ص 77 ، المرجع السابق .

(2) سورة البقرة 231 .

و قوله تعالى : " و بعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا ."(1)

و الرد هنا المراجعة في العدة لاصلاح حاله معها و ازالة الوحشة بينهما .

ب ـ السنة :

انه عليه الصلاة و السلام طلق ام المؤمنين حفصة بنت عمر رضي الله عنها ثم راجعها ، و انه امر عبد الله بن عمر بمراجعة زوجته حين طلقها و هي حائض .(2)

جـ ـ اجماع الفقهاء :

اجمع الفقهاء على مشروعية الرجعة لانها استدامة لملك النكاح القائم بلا عوض و منعا له من الزوال ، وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك كما يرى الاحناف .(3) و هي عند المالكية تعود الزوجة المطلقة بغير تجديد عقد

---

(1) سورة البقرة ، الاية 228 .

(2) راجع سنن النساء ، جـ 6 ، 213 .

(3) راجع البدائع للكساني ، جـ 3 ، ص 90 ، المرجع السابق .

و الرجعة يلحقها الطلاق و الظهار و الايلاء [1] .

اما عند مضي العدة فان الزوج لا يملك مراجعة زوجته لقوله تعالى :

" و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف [2] ." فالآية تدل على نهي الاولياء عن حصر الزوجات عن النكاح بعد العدة .

---

(1) المغني ج 8 ، ص 478 .

(2) سورة البقرة ، الاية 232 .

المطـــــلب الثــــانــي

الطلاق البائـــــــن

الطلاق البائن هو الذي لا يملك الزوج فيه مراجعة مطلقته لا في العدة ولا بعدها الا بعقد و مهر جديدين (1) .

و الطلاق البائن نوعان :

— بائن بينونة صغرى كالطلاق قبل الدخول الحقيقي و لو بعد الخلوة ، لقوله تعالى : " يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن ، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن و سرحوهن سراحا جميلا (2) . "

فالاية تدل على انه لا عدة في طلاق قبل المس بل تمتع و تسرح دون الامساك ، فلا يصح مراجعتها بغير رضاها .

اما في ذوات العدد فالمطلق بالخيار بالامساك بالمعروف

---

(1) راجع البدائع للكساني ، جـ 3 ، ص 187 . المنتقى شرح موطأ الامام مالك للقاضي ابي الوليد الباجي الاندلسي جـ 4 ، ص 13 و ما بعدها . تحفة الحكام لابي الحسن عبد السلام التسولي جـ 1 ، ص 341 .

(2) سورة الاحزاب ، الاية 49 .

او التسريح باحسان لقوله تعالى : " و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف ". (1)

اما الطلاق البائن بينونة كبرى فهو الطلاق الذي لا يمكن للزوج بعده مراجعة زوجته الا بعد ان تنكح زوجا غيره .

و الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها عند الخوف من اقامة حدود الله لقوله تعالى : " فان خفتم الا يقيما حدود الله فلاجناح عليهما فيما افتدت به ". (2) فالآية تدل على رفع الجناح عن الزوجة في دفع عوض من المال لتفتدي به نظير طلاقه ايها ، و بذلك تملك امرها ، ولا يكون للزوج مراجعتها بغير رضاها او بدون عقد و مهر جديدين .

---

(1) سورة الطلاق الآية رقم 2 .

(2) سورة البقرة ، الآية 229 .

الاحكام التي تترتب على الطلاق البائن بنوعيه :

1ـ انه يزيل ملك المتعة بمجرد صدوره و يرفع الحل في الحال و تزال بالتالي حقوق الزوج على زوجته فيما عدا حق البقاء في منزل الزوجية طوال مدة العدة، و يستوي في ذلك كونها حاملا او حائلا ، و حق الاستقرار في منزل الزوجية يعد من حقوق الله تعالى ،فيمتنع على الزوج التنازل عنه .

و لا يبقى من حقوق الزوجة على زوجها سوى حق النفقة بعناصرها و هو ما قال به امير المؤمنين عمر بن الخطاب ، و ما اخذ به مذهب الحنفية و الزيدية ، و عمر بن عبد العزيز ، خلافا للمذاهب الثلاثة ، حيث يرون و جوب النفقة لها في الحال ، ان كانت حاملا و لا يجب لها الا السكن ان كانت حائلا ، و يستندون في ذلك للنص الوارد في قوله تعالى : " و ان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن (1) ." و قيل : لا يجب لها حق السكنى و هو المروي عن ابن عباس و جماعة من التابعين ،

(1) سورة الطلاق ، الاية 6 .

وهو رواية عن احمد ووجه ذلك عندهم ما ورد في حديث فاطمة بنت قيس عندما طلقها زوجها البتة فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : "لا سكنى لك ولا نفقة." (1)

وفي المحلى لابن حزم : لها ان تعتد في اي بيت شاءت لان العدة لا تجب في بيت الزوجية عنده ، خلافا للمعتدة من طلاق رجعي لاقتصار النص عليها (2). وهو راي يساير عليه العمل الآن ، والاجدر ان يؤخذ به .

2 ـ انه بهذا يحل مؤخر الصداق ، ان كان مؤجلا الى اقرب الاجلين وجوبا ، الطلاق او الهلاك .

3 ـ ان النوعين يشتركان في كون ما يملكه الزوج على زوجته من عدد الطلقات فيحتسب مما يملكه الزوج عليها من الطلقات.

4 ـ انه يمنع التوارث بينهما فيما عدا طلاق المريض مرض الموت بغير رضاها لان هذا النوع من الطلاق هو طلاق الفار وبالتالي يعامل بنقيض مقصوده .

---

(1) الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه ، الجزء الثاني ص 155، المهذب ج 2 ص 176 ، المغني ج 3 ص 500 .

(2) المحلى لابن حزم الجزء 10 ، ص 282 .

5 ـ انه يزيل الحل اذا كان مكملا للثلاث ، فلا يجوز للزوج ان يعقد على مطلقته الا بعد ان تنكح غيره ، في عقد نكاح صحيح و يدخل بها دخولا حقيقيا و يطأها ثم يفارقها بسبب من اسباب الفرقة او يهلك عنها ، ثم تعتد عدة الطلاق او الوفاة و يعقد عليها الاول ، و ذلك لقوله تعلى :

" فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فان طلقها فلا جناح عليهما ان يتراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله . "(1) فدل النص بالاجماع على ان المراد الطلقة الثالثة و التي بوقوعها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره و ذلك لحديثه صلى الله عليه و سلم :

" حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك . "

(1) سورة البقرة ، الآية رقم 230 .

المبحث الثاني

التعسف في الطلاق .

نصت المادة 52 من قانون الاسرة على انه : " اذا تبين للقاضي تعسف الزوج حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها . " و مؤدى النص ان الطلاق المستوجب للتعويض هو الطلاق الواقع بدون رضا الزوجة و هذا التعويض يعرفه الفقهاء بالمتعة .

و المستقر عليه شرعا ان الطلاق حقا للزوج ، ويقع (عموما) بارادته المنفردة ، و ان المراة قد استوفت مهرها كله بالدخول او المعجل عنه و يحل المؤخر بالفرقة بطلاق او هلاك .

و المسلم به شرعا ان لها نفقة العدة بالاتفاق ، و قد قصد المشرع الجزائري بهذا النص تقرير المتعة للمطلقة اذا انقطع حبل المودة بين الزوجين و كانت المطلقة في حاجة الى معونة اكثر من نفقة العدة ، تعينها من الناحية المادية على مواجهة المتاعب التي تنجم عن طلاق وقع بدون رضاها و الحال بينهما مستقيم .

اذا كانت المتعة مقررة للزوجة على هذا الوجه فهي تكبح جماح الزوج و تحول دون تسرعه في الطلاق، و الاصل في وجوب المتعة : الكتاب و السنة و عمل الصحابة و مذاهب الفقهاء ، بذلك يتقسم المبحث الى ثلاث مطالب : نتناول في الاول : ادلة وجوب المتعة ، في الثاني موقف الفقه و الثالث موقف القانون .

المطلب الاول

ادلة المتعة

1 ـ الكتاب : قوله تعلى : " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين "[1] واضح ان الآية عامة في كل المطلقات .

وقوله تعالى : " لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المتقين[2] " وفي الاية دليل على اعطاء المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولم يسم لها مهرا . وقوله تعالى : يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا[3] . "

وقد ذهب علماء التفسير الى القول بان الله عز وجل قد امر النبي عليه الصلاة والسلام بين ان يفارقهن ويمتعهن ان كن

---

(1) سورة البقرة ، الآية 241 .

(2) سورة البقرة ، الآية 236 .

(3) سورة الاحزاب ، الآية 22 .

لا يصبرن على ما عنده من عدم سعة العيش و بسطه ، او ان يصبرن ان كن يردن الله ورسوله والدار الآخرة (1) . فان لم يصبرن فالنبي صلى الله عليه وسلم امر بان يمتعهن بما اوجب الله على الرجال للنساء من المتعة عند فراقهم اياهن بالطلاق (2) .

وكان عنده عليه الصلاة و السلام يومئذ تسع نسوة (3) خيرهن فاخترن الله ورسوله و الدار الآخرة . وقوله تعالى : " يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما عليكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن و سرحوهن سراحا جميلا (4) . فقد امر الله تعالى الذين آمنوا باعطاء المتعة للمعقود عليها التي طلقت قبل الدخول و قبل ان يسمى لها مهرا .

---

(1) ابن كثير ج 6 ص 401 و 403 .
(2) الطبري جـ 21 ، ص 155 و 158 .
(3) الطبري جـ 21 ، ص 156 و 158 .
(4) سورة الاحزاب الآية 49 .

ب ـ السنة : انه عليه الصلاة و السلام : " تزوج امية بنت شرحبيل فلما ادخلت عليه بسط يده اليها فكانها كرهت ذلك ، فامر اسيد ان يجهزها و يكسوها ثوبين رازقين[1].

و قد ورد في الاثر ان الصحابي الجليل عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته فمتعها بوليدة[2]. و ان سبط رسول الله الحسن بن علي رضي الله عنهما طلق امراته عائشة الخثعمية ، فمتعها بعشرة آلاف درهم ، فقالت : " متاع قليل من حبيب مفارق[3]". فندم على طلاقها ثلاثا و قال : " لولا اني ابنت الطلاق لها لراجعتها . "

---

(1) راجع صحيح البخاري ، كتاب الطلاق .
، و الرازقية هي : ثياب من الكتان الابيض.
و ابو اسيد : و هو مالك بن ربيعة انصاري .
و قد جاء في بعض الروايات ان التي طلقها عليه الصلاة و السلام هي عمرة بنت يزيد الجونية و امر اسامة بن يزيد او انس بن مالك فمتعها بثلاث اثواب رازقية راجع في ذلك سنن ابن ماجا ، كتاب الطلاق ، اسد الغابة ج 7 ، ص 205 .
(2) راجع الموطأ (كتاب الطلاق باب ما جاء في متعة الطلاق .)
(3) راجع القرطبي ج 3 ، ص 202 . تفسير . و ابن كثير ج 1 ، ص 424 . تفسير .

ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يقول لكل مطلقة متعة الا التي تطلق وقد فرض لها صداقا ولم تمس ، فحسبها نصف ما فرض لها[1]. وهذا استثناء نصت عليه الآية 227 من سورة البقرة .

المطلب الثاني

موقف الفقه

ذهب الامام مالك الى القول بان المطلقة المدخول بها والمسمى لها يجب لها المتعة اذا طلقت ، لكن زوجها لا يجبر على المتعة[2].

واضح ان الامام مالك اوجب المتعة على الزوج ديانة لا قضاء ، بمعنى انه اذا امتنع عن اعطائها المتعة فقد اثم ، وعنده : ليس للتي طلقت ولم يدخل بها اذا كان قد سمى لها صداق متعة ولا للمبارئة ولا للمفتدية ولا للمصالحة وللملاعنة متعة ، كان قد دخل بها ام لا ، وقال : وراي اهل العلم في المفتدية والمصالحة والمبارئة حين لم يطلقها

---

(1) راجع الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب متعة الطلاق .

(2) راجع المدونة الكبرى ج 5 ص 13 .

الا على ان اعطته شيئا او ابرأته — فكأنها اشترت منه الطلاق وخرجت منه بالذي اعطته ، فلا يكون عليه المتاع (1).

وفي قول مالك : ان المتعة لها مطلقة الا التي سمي لها صداق فطلقها قبل ان يدخل بها ، فلا متعة لها ، وهي التي استثنيت بنص الآية في قوله تعالى : " وان طلقتموهن قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم (2)."

ويتبين من سرد اقوال الامام مالك :

1 — ان المطلقة بعد الدخول وقد سمي لها الصداق ، لها المتعة بنص الكتاب لقوله تعالى : " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين (3)."

فجعل المتاع على المطلقات كلهن المدخول بهن وغير المدخول بهن و اخرج غير المدخول بهن بما استثني بالنص في قوله تعالى :

---

(1) المدونة الكبرى ج 5 ، ص 14 .

(2) سورة البقرة ، الآية 237 .

(3) سورة البقرة ، الآية 241 .

" وان طلقتموهن قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة " فلم يجعل لهن المتاع(1) .

2 ـ ان وجوب المتعة ديانة لا قضاء كما يقول مالك : " انما خفف عندي في المتعة ولم يجبر عليها المطلق في القضاء في رأي ، لاني اسمع الله يقول : "حقا على المتقين(2) ". ويقول : " حقا على المحسنين "، فلذلك خفف لان : "" الزواج اذا كان غير متق ولا محسن فليس عليه شيء فيها(4) "" .

اما المطلقة المدخول بها ولم يسم لها صداق في العقد ، فالرواية عن مالك ان : لها صداق مثلها ولها المتعة (5) .

واضح مما تقدم ان المتعة واجبة على المطلق ويجبره الحاكم على ادائها والامر في تقديرها موكل الى قاضي الموضوع ، تبعا لظروف المطلق ومراعاة لعادات الناس واعرافهم .

(1) راجع المدونة الكبرى جـ 5 ، ص 13 .
(2) سورة البقرة ، الاية 136 .
(3) سورة البقرة ، الاية 236 .
(4) المدونة الكبرى جـ 5 ، ص 15 .
(5) المدونة الكبرى جـ 5 ، ص 14 .

المطلب الثالث

موقف القانون

لم يرد في قانون الاسرة نص يشير الى متعة المطلقة بل اشار الى التعسف في الطلاق ، والاجدر بالمشرع ان ينص على المتعة في هذا المجال لا على التعسف لما في هذا الاخير من عدم الدقة ، وليس معنى ذلك ان مصطلح التعسف غريب عن فقه الشريعة الاسلامية ، بل الصحيح ان قاعدة التعسف في استعمال الحق ، سبق اليها التشريع الاسلامي باقي التشريعات الاخرى منذ عصر الرسالة ، وكان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه تطبيقات كثيرة كان لها وزنها في الفقه وهذا باعتراف كثير من المفكرين الغربيين حيث يقولون بان النظريات الحديثة التي يسير عليها الفقه الغربي كانت معروفة عند فقهاء مسلمين من قبل بقرون : كنظرية اساءة استعمال الحق ونسبية الحقوق في الاسلام ، لذلك ارى استبدال مصطلح التعسف بالمتعة ، خصوصا وان القانون يستقي احكامه هنا في قانون الاسرة وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية .

البَابُ الأوَّل

البـــاب الاول

فـرق الـطـــلا ق

تـــمـــهـــيـــد و تـــقـــســـيـــم :

فرق الطلا ق هي الفرق التي تقع بحكم القاضي عندما ترفع الزوجة الا مر اليه طالبة التطليق لوقوع ضرر الحق بها ، و رفع الضرر مطلوب شرعا لحديثه صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر ولا ضرار" . و مع ذلك لا تقع كل فرق الطلاق في جميع الأحوال بأمر القاضي ، فقد يتفق الزوجان على الفرقة كما في الطلا ق على مال .

و الفرقة التي يوقعها القاضي في أغلب الأحوال طلقة بائنة تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج .

و تكون الفرقة بحكم القاضي في حالة الضرر الواقع على الزوجة سواء كان هذا الضرر من جانب الزوج أو كان عن شقاق بينهما .

و قد يكون الضرر الواقع على الزوجة لا يد للزوج فيه و مع ذلك يرى المالكية : أن مجرد ضرر الزوجة مسوغ لطلبها التطليق اذا لجأت الى المحاكم ، و قد تكون الفرقة بافتداء الزوجة نفسها على مال تدفعه للزوج تعويضا له عما تكبده من مال في زواجه فتقع الفرقة باتفاق الزوجين ، وعلى ذلك ينقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول :

- الفصل الاول : الفرقة للضرر الواقع على الزوجة .
- الفصل الثاني : الفرقة لعدم الانفاق .
- الفصل الثالث : الفرق التي لا تتوقف على القضاء

المبحث الاول

١ اضرار الزوجـة

من المقرر في مذهب مالك انه يجوز للزوجة التطليق للضرر — خلافا للجمهور — لو لم تتم البينة بتكراره ، فيكفي حصوله ولو مرة واحدة اذا شهد الشهود ان هذا الزوج يضار زوجته وهي في عصمته فالمشهور في المذهب انه يثبت لها الخيار فان شاءت اقامت معه على هذه الحالة ويزجره الحاكم بتهديه وان شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة وذلك استنادا الى حديثه صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار".

ومن الامثلة على الضرر ما يلي : الشتم المقذع الضرب المؤلم ، تحويل وجهه عنها في الفراش ، اكراهها على محرم ، هجرها لغير تاديب وهو يقيم معها في البلد او يمنعها من زيارة والديها بلا سبب(1).

واذا كان المذهب المالكي قد ذهب الى جواز طلاق الزوجة من زوجها للضرر لمجرد الاساءة اليها بالقول او الفعل(2). فان القضاء قد استقر على انه حتى يتعين الحكم بالطلاق للضرر يجب توافر شرطين :

(1) راجع الخرشي على مختصر خليل ج 4 ، ص 9 وما بعدها .
(2) الخرشي ج 4 ، ص 9 ، المرجع السابق .

و هو ما استقر عليه القضاء (1) .

فالشرط في مذهب مالك للحكم بالتطليق للضرر هو ثبوت هذا الاخير بما لا يستطاع معه دوام العشرة و ان يعجز القاضي عن الاصلاح بين الزوجين .

و لقد اضطردت احكام القضاء في الجزائر بالسير على مذهب مالك فيما يتعلق بتطليق الزوجة للضرر (2) . فيستخلص من حكم صادر من المجلس الاعلى ان المحكمة لها ان تقضي بالطلاق باساءة الزوج و ذلك في قرار للمجلس الاعلى يحمل رقم 037 بتاريخ 1982/2/8 (غرفة الاحوال الشخصية)

مع العلم بان الحكم لم يتعرض لنوع الاساءة مما يعني ان كافة انواع الاساءة التي ضربها المذهب المالكي تصلح سببا للتفريق بين الزوجين .

---

(1) (اوجه الضرر و مسبباته تتباين بدورها بتباين طباع الناس و عاداتهم و تقاليدهم و ستهم في الحياة ، فالزاهد و المتعبد يضار اشد الضرر من معاشرة مستهتر عربيد سكير بحيث اذا اجبر على ذلك كانت حياته جحيما لا يطاق . و الحافظ المتمسك باحكام دينه يصبح في عسر من امره ان هو ارغم على معاشرة مستهترة بالقيم الخلقية و المقاييس التي تتعلق بالشرف و التقاليد، و النفس لا تسكن الا لمثلها و قرينها و لا يمكن ان يفرض عليها بشر ينافرها طبيعة و طبعا و يغايرها تقديرا للامور و ذلك حفاظا على ما يعتبر من المقومات التي لا تمس (استئناف مصري 1965/2/21 رقم 83 س 81 ق) .

(2) الشرح الكبير للدردير ج 2 ، ص 43 و ما بعدها .

الاول : ان يقع هذا الضرر او الاذى من الزوج دون الزوجة .

الثاني : ان تصبح العشرة بين الزوجين مستحيلة بين امثالهما .

ويجب على القاضي ان يعمل على الاصلاح بين الزوجين قبل الفصل في الدعوى .

اولاً : — الضرر أو الاساءة :

ذهب المالكية الى ان الضرر يتحقق اذا ولى الزوج وجهه عن زوجته وهذا ادنى درجات الضرر فيصير ضررا كل ايذاء من الزوج لزوجته بالقول او الفعل ايذاء لا يليق بمثلها (1) ، والايذاء بالقول مثل السب والقذف والتشهير اما الايذاء بالفعل فمثاله الضرب وتبديد منقولاتها وسرقة مالها ، والقاضي مستقل في تقدير عناصر الضرر ولا معقب عليه في ذلك .

ثانيا : استحالة العشرة بين امثالها :

يختلف الضرر باختلاف البيئة والثقافة والمكانة الاجتماعية للزوجة ، فما يعتبر ضررا لزوجة في بيئة معينة قد لا يعتبر بهذا الوصف لزوجة في بيئة اخرى تختلف عنها في الثقافة والمكانة الاجتماعية ولا يعدو ان يكون من المنازعات البسيطة التي لا تؤثر على حياتها الزوجية

---

(1) الخرشي ج 4 ص10 .

وقد تأكد ذلك في حكم آخر خلص المجلس الاعلى من خلال الوقائع بعدم استقرار الحياة الزوجية بين الطرفين للضرر و الاساءة (قرار رقم 36 جلسة 1982/2/3) غرفة الاحوال الشخصية .)

و يستخلص من احكام القضاء الجزائري ان المجلس الاعلى مستقر على انه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للضرر اذا استحالت العشرة بينها و بين زوجها و القاضي يستقل بتقدير عناصر هذا الضرر .

كما ان احكام القضاء المصري متواترة في هذا الصدد و منها على سبيل المثال الهجر في المضجع و نشوء النفور بسبب هذا الهجر بحيث لا يكون للزوجة مدخل في هذا الهجر .

(نقض مصري طعن رقم 3 سنة 43 ق جلسة 1975/11/19).

ان يأتيها في موضع غير موضع الحرث لان هذا يشكل ضررا لا تستقيم به الحياة الزوجية و يوجب التفريق بينهما امتثالا لحكم الآية الكريمة : "فاذا تطهرن فأتوهن من حيث امركم الله ." [1]

---

(1) سورة البقرة ، الآية 222 .

موقف القانون :

نصت المادة 53 / 6 من قانون الاسرة الجزائري على انه : يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للاسباب التالية :

((كل ضرر معتبر شرعا و لا سيما اذا نجم عن مخالفة الاحكام الواردة في المادة 3 و 37 اعلاه .)).

و يستفاد من النص المذكور انه قد اعطى القاضي سلطة تقديرية في اعتبار مايراه ضررا يستوجب التفريق ، وذلك في غير ما ورد في المادتين 8 و 37 (1) في شان الطلاق لتعدد الزوجات و عدم الاتفاق على تفصيل ياتي في موضعه .

و صياغة المادة (كل ضرر معتبر شرعا) توحي بان الشارع قد وسع من نطاق الضرر الموجب للتفريق ، و اوكل للقضاء ليستقل بتقدير الضرر كما هو الحال في القضاء المصري ليكون القاضي في سعة من الامر بالاخذ بالمعيار الشخصي في تقدير الضرر و تحديد عناصره

(1) المادة 8 من قانون الاسرة الجزائري : " يسمح بالزواج باكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الاسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل و يتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة و اللاحقة و لكل و احدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش و المطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا =

انزالا لحديثه صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار".

ومذهب الشارع الجزائري يسير في هذا الصدد على مذهب فقهاء المالكية في التوسع في وصف الضرر ابتداء من توليه وجهه عنها في الفراش وانتهاء بالضرب او القول المقذع الذي قد يجاوز في ايذائه الضرب المبرح في مثل ثقافتها وطبقتها طبقا لحديث "لا ضرر ولا ضرار" وهو ما سار عليه القضاء الجزائري والمصري في احكامهما المشار اليها، والطلاق هنا طلاق بائن.

= وتنص المادة 37 من نفس القانون على انه : "يجب على الزوج نحو زوجته :

1 ـ النفقة الشرعية حسب وسعه الا اذا ثبت نشوزها.

2 ـ العدل في حالة الزواج باكثر من واحدة".

المبحث الثاني

الشقاق بين الزوجيـــن .

ان بناء الاسرة في مجتمع سليم يتطلب الالفة و المودة بين الزوجين و ان ما يربط بينهما ليس عقدا فحسب بل هو رباط تنشأ عنه حقوق وواجبات متبادلة لكلا الطرفين ، و النصوص القرآنية التي تدل على ذلك كثيرة منها : " و جعل بينكم مودة ورحمة (1) "، و قوله تعالى :

" و من آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة (2) . "كما ورد في السنة قوله صلى الله عليه وسلم : " لو امرت أن يسجد احد لغير الله لامرت الزوجة ان تسجد لزوجها (3) . "

هذا هو قوام الاسرة وفقا لنصوص القران و السنة ، غير ان هذه الالفة و المودة التي تحثنا عليها مبادئ الشريعة الاسلامية قد لا تتوفر في كل اسرة فيدخل الى الزوجين الشقاق وذلك ما عالجه الله سبحانه و تعالى :

" وأن خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من اهله و حكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا (4) . " و قد جاء النص القرآني عقب قوله تعالى : " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما انفقوا من اموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله و اللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن و اهجروهن في المضاجع ...

---

(1) سورة الروم ، من الآية 21 .

(2) سورة الروم ، نفس الآية السابقة .

(3) ابو حامد الغزالي ، احياء علوم الدين جـ 4 ، ص 746 .

(4) سورة النساء ، الاية 35 .

و اضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليا كبيرا " (1)

فالنص القرآني الوارد قبل نص بعث الحكمين يعالج حالة النفور و النشوز من الزوجة ، اما النص الثاني فهو يعالج حالة شقاق بين الزوجين لقوله تعالى : " و ان خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من اهله و حكما من اهلها " و الخطاب هنا موجه لا هل الحل و العقد في الامة و هم الحكام و الامراء (2) او لجماعة المسلمين او الاولياء و الاقارب و يامرهم بمجرد العلم او الظن بالشقاق بينهما ان يبعثوا حكما من اهله و حكما من اهلها . (3)

و قال الامام الفخر الرازي للشقاق معنيان : (4)

احدهما ان كل و احد منهما يفعل ما يشق على صاحبه .

ـ الثاني : ان كل واحد منهما صار في شق بالعداوة و المباينة .

---

(1) سورة النساء ، الاية 34 .

(2) القرطبي تفسير ج 5 ، ص 175 مواهب الجليل ج 4 ، ص 16 .

(3) الفخر الرازي ، تفسير ج 10 ، ص 92 ، ابن كثير ج 1 ، ص 493 .

(4) الفخر الرازي ج 10 ، ص 92 المرجع السابق .

و لبعث الحكمين فائدة تتمثل في ازالة الشقاق بينهما بالاصلاح بين الزوجين او التفريق بينهما و الدليل على ذلك ما فعله الصحابة حيث ان عقيل بن ابي طالب رضي الله عنه تزوج فاطمة بنت عتبة بن ربيعة فقالت : تصير الي و انفق عليك ، فكان اذا دخل عليها قالت اين عتبة بن ربيعة و شيبة بن ربيعة ؟ فقال لها : على يسارك في النار اذا دخلت فشدت عليها ثيابها و رفعت امرها الى الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنه فذكرت له ذلك فضحك و قام بارسال عبد الله بن عباس رضي الله عنهما و معاوية بن ابي سفيان ، فقال بن عباس : لا فرق بينهما فقال معاوية : ما كنت لا فرق بين شيخين من بني عبد مناف . فاتاهما فوجداهما قد اغلقا عليهما ابوابهما فرجعا .(1)

و ان امير المؤمنين علي ابن ابي طالب جاءته امراة و زوجها مع كل واحد منهما فئام من الناس فاخرج هؤلاء حكما و هؤلاء حكما ،

---

(1) راجع تفسير ابن كثير ج 1 ، ص 493 .

فقال للحكمين : اتدريان ما عليكما ؟

ان عليكما ان رايتما ان تجمعا جمعتما . فقالت المراة : رضيت الله لي وعلي ، وقال الزوج اما الفرقة فلا . فقال علي : كذبت والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عز وجل لك وعليك . وقد اجمع العلماء على ان للحكمين الجمع والفرقة .(1)

موقف القانون :

نصت المادة 56 من قانون الاسرة الجزائري على انه : " اذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين الحكمين للتوفيق بينهما " كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على ان : " يعين القاضي الحكمين حكما من اهل الزوج وحكما من اهل الزوجة وعلى هذين الحكمين ان يقدما تقريرا عن مهمتهما . "

(1) ابن كثير ج 1 ، ص 493 .

صفة الحكمين :

هما حكمان عليهما ان يصلحا بين الزوجين ما رايا الى ذلك وسيلة [1].

فاذا تعذر الاصلاح بينهما تعين عليهما ان يحكما بالفراق بينهما و يكون ذلك بعوض او بغير عوض حسب الاحوال وبصرف النظر عن رضا الزوجين ودليل ذلك :

1 — ان الله تعالى سماهما حكمين و الحكم غير الوكيل .

2 — ان الخطاب في الآية الكريمة موجه لاولي الامر من المسلمين او جماعتهم و هؤلاء تنعقد لهم — وفقا لاصول السياسة الشرعية — سلطة الولاية فجاز ان يوكلوا من يقوم بها .

شروط الحكمين :

لم يرد في قانون الاسرة الجزائري نص يبين شروط الحكمين و على ذلك يجب الرجوع طبقا للمادة 222 من قانون الاسرة الى مبادئ الشريعة الاسلامية حيث اشترط المالكية كما قال الباجي [2]. شروط صحة كونهما حكمين :
الاسلام و البلوغ و الحرية و الذكورية و العدالة [3].

و قال ابو البركات احمد الدردير : " و صحتهما العدالة فلا يصح حكم غير العدل سواء حكم بالطلاق او الابقاء او بمال او غير العدل صبي او مجنون او فاسق .

(1) راجع الشيخ علي الخفيف ص 306 .
(2) ابو الوليد سليمان بن خلف الاندلسي ولد في باجة بالاندلس (403هـ — 474 هـ) ، صاحب المنتقى في شرح موطأ و شرح المدونة .
(3) مواهب الجليل ج 4 ، ص 16 .

و اشترط الذكورة وفلا يصح حكم النساء و الرشد ، فلا يصح حكم السفه ، كما لا يصح حكم الجاهل بما ولي فيه[1] . هذا هو مذهب المالكية في شروط الحكمين حيث يشترط لديهم : الاسلام و البلوغ و الحرية و العدالة و الذكورة .

مهمـــة الحــكـمين :

اشترط القانون لبعث الحكمين اشتداد الخصام بين الزوجين و هو شرط لم يذهب اليه علماء المالكية لان المناط في ضرر الزوجة عندهم هو مجرد الاساءة التي لا تليق بامثالها و لا تصبر عليها بحيث تعتبر في العرف معاملة شاذة بما لا يستطاع العشرة بين امثالها . و هذا الشرط الذي اشترطه القانون يستند الى المصلحة و يتفق مع قواعد فقه الشريعة التي تسعى الى توثيق الروابط الاسرية لمصلحة الولد ، و ليس فيه مصادمة لضوابط فقهية ..

و يمكن القول انه في حالة ادعاء الزوجة وقوع ضرر عليها من زوجها و عجزها عن اثبات دعواها بالبينة من رجلين ، ولو على مجرد السماع الشائع المستفيض بين الرجال و النساء بسبب الزوج زوجته او ضربها على المشهور في المذهب المالكي فترفض دعواها ، و لكن اذا تكررت شكواها و عجزت عن اثباتها و اصرت على التفريق يبعث القاضي حكمين : احدهما من اهلها و الاخر من اهل الزوج ، فان لم يوجد في اهل كل منهما بعث حكمين اجنبيين و ان كان الاصل لم يصرح بحكمين أجنبيين عند عدم وجود أيهما من أهلهما .

---

(1) الشرح الصغير ج 2 ص 512 .

فالمصلحة تقتضي ذلك ، ومتى ثبت عدم وجود حكم من اهلهما فعليه ان يبعث بالحكمين الاجنبيين بصرف النظر عن وجود حكم من اهل احدهما درءا للميل والهوى

و يجوز في المذهب المالكي بعث الحكمين بمجرد شكوى الزوجة بادعاء الضرر الواقع عليها من زوجها وهذا متفق مع النص القرآني .

و يشرع الحكمان بالتوفيق بين الزوجين بعد بحث و تحري اسباب الخلاف فان ظهر لهما اسباب الخلاف و ثبت وقوع الاساءة من الزوج طلقا عليه طلقة واحدة بائنة و بلا عوض (1) . واذا تبين لهما ان الاساءة من الزوجة فلهما الخيار بين الابقاء على الحياة الزوجية ان رأيا في ابقائها سبيلا ويامرا الزوج بالصبر وحسن المعاشرة لقوله تعالى : " ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما " (2) . او يخالعاها منه بعوض مالي يتفقا على تقدير قيمته ولو جاوز الصداق (3) . وذلك طبقا للاية الكريمة : " ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به (4) . "

---

(1) راجع المدونة الكبرى ج 5 ص 51 . شرح الصغير ج 3 ص 514 .
(2) سورة النساء ، الاية 35 .
(3) وهو مذهب مالك كما سياتي في الخلع واخذ به القانون .
(4) سورة البقرة ، الاية 229 .

وقد ايدت السنة ذلك في قضائه عليه الصلاة والسلام بفراق ثابت بن قيس لزوجته على مال . واجاز الجمهور اخذ الدية على الطلاق ، كما اجمعوا على حظر اخذ مالها الا ان يكون النشوز وفساد العشرة من قبلها .

واذا ثبت ان الاساءة كانت مشتركة بينهما وعجز الحكمان عن الاصلاح بينهما فلهما التفريق بينهما بلا عوض او بعوض يتناسب مع نسبة الاساءة منها . وهذا كله متفق مع مذهب مالك ، حيث يقرر المذهب انه : لا ينبغي للحكمين ان ياخذا من الزوج شيئا ويطالقا عليه لانه في مقابل الاساءة من الزوج لزوجته يكون الجزاء فيه من الكفاية بخلعها من عصمته (2) . هذه هي احكام مذهب مالك في الفرقة بين الزوجين للشقاق بينهما ونص انه فيما لم يرد به نص يرجع في ذلك لفقه المالكية في هذا الخصوص .

وعلى الحكمين ان يقدما تقريرهما للقاضي فيحكم هذا الاخير بما حكما لقوله : " حكمت بما حكمتما به " ولو خالف ذلك مذهبه . واحكام القضاء في البلدان الاسلامية متواترة السير على مذهب مالك فيما يتعلق بشقاق الزوجين وبحث الحكمين ، فقضي بانه " اذا اختلف الحكمان امرهما القاضي بمعاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما وعلى الحكمين ان يرفعا الى القاضي ما يقرران وعلى القاضي ان يحكم بمقتضاه " (3) وهذه الاحكام مستمدة من فقه المالكية .

---

(1) راجع القرطبي ، ج 3 ، ص 137 ، تفسير .

(2) راجع المدونة جـ 5 ، ص 51 ، المرجع السابق .

(3) نقض مصري ، طعن رقم 6 4 لسنة 4 6 ق مجموعة احكام النقض .

وقضى بأنه : اذا اتفق الحكمان على رأي رفعاه الى القاضي الذي عليه ان ينفذ ما قرراه دون معارضة او مناقضة ولو كان حكمهما مخالفا لمذهبه[1].

---

(1) نقض مصري ، طعن 17 ، لسنة 42 ، احوال شخصية.

المبحث الثالث

الغيبة و الهجر في المضجع

الغيبة من الاضرار الواقعة على الزوجة اذا كانت بغير عذر وحدها كما هو الراجح في فقه المالكية سنة وهو ما اخذ به القانون (1) . ويلاحظ على القانون انه جعل الغيبة سنة بدون عذر سببا للتفريق كما جعل نفس المدة سببا للتفريق اذا ترتب عليها عدم الانفاق لانها لا تكلف الصبر ، فللزوجة ان ترفع امرها للقاضي مع اثبات الزوجية وعدم وجود المال الظاهر ويعذره القاضي بالطرق القضائية وفقا لقانون الاجراءات المدنية ويضرب له اجلا مع انذاره بانه سيحكم بتطليق زوجته اذا لم تصلها منه النفقة الحاضرة الواجبة عليه ، فاذا تحققت المحكمة من وصول الانذار اليه ولم يرسل لها النفقة في الاجل المضروب طلق عليه القاضي . هذا اذا علم مكانه اما اذا جهل مكانه او فقد ولا يعلم اهو حي فيرجى ام ميت فينعى فيطلق عليه القاضي وبلا عذر . ويعتبر في حكم الغائب المسجون الذي يعسر بالنفقة (2) ، ونظرا لخلو النص من تقدير للاجل الذي تضربه له المحكمة فالامر متروك تقديره للقاضي بما يراه مناسبا وسند ذلك ما فعله امير المومنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث بعث في رجال غابوا عن ازواجهم ان يرسلوا النفقة

---

(1) المادة 53 فقرة 5 (الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة) .

(2) راجع الشيخ الخفيف ، ص 298 — 299 المرجع السالف .

المستحقة لزوجاتهم او يطلقوا و يرسلوا نفقة ما مضى .

اما التفريق لترك المباشرة ، فقد اوردته المادة 53 من قانون الاسرة والتي تنص على ان الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ، يعتبر من الأضرار ، وقد استند النص في هذه المادة التي تتضرر فيها الزوجة من ترك المباشرة من عسوف الزوج الى مذهب الحنابلة . فقد جاء في المحرر "كتاب للحنابلة" ان على الزوج مباشرة زوجته في كل أربعة أشهر مرة ، إن كان قادرا على ذلك فإن أبى من غير عذر و تضررت الزوجة فان طلبت الفرقة ، فرق بينهما القاضي . ولا تفريق اذا كانت الغيبة بعذر .

ولم يقرر المالكية لترك وطئها مدة ، وجعلوا الضابط في ذلك تضررها من ترك الوطء ، وذلك سيرا على الضابط الذي يؤخذ فيه بالنسبة للضرر ، وتصدق اذا ادعت ذلك في حق نفسها ، ويشترط لطلاقها ان يعذره القاضي ويضرب له اجلا ، لان اقامتها بعيدا عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها (1) مع عفتها مما يتعذر على الطبيعة البشرية احتماله . (2) ولا تفريق عند المالكية بين غيبة بعذر و غيبة بدون عذر ، فكلاهما يستوجب الفرقة اذا تضررت الزوجة

---

(1) راجع الشرح الكبير للدردير و حاشية الدسوقي عليه ، ج 2 ، ص 431 .

(2) راجع الشيخ على الخفيف ، ص 291 المرجع السابق .

من هذه الغيبة ،وذهبوا الى ان جهالة مكان الزوج يستوجب ان يطلقها القاضي بدون اعذاره اذا تضررت من هذه الغيبة .

والخلاصة ان شروط التطليق لعدم المباشرة هي :

1 — ان تكون الغيبة بدون عذر كالغيبة غير المعروف مقصدها او هدفها او يكون الهجر وزوجته تقيم معه بنفس البلد .

2 — ان تكون قد مضت اربعة اشهر .

3 — ان تتضرر الزوجة من هذه الغيبة .

فمتى توافر ذلك ،وذهبت الى القاضي طلقها طلقة بائنة وفقا للقواعد السابقة وتطبيقا لحديثه صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" .
وهو مايتفق ونص المادة 53 — من قانون الاسرة الجزائري . وفي اتصال الهجر في المضجع بحق التاديب وحكم القاضي بان حق التاديب الشرعي المعبر عنه في الاية الكريمة " واللائي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن[1]." لا يلجأ اليه الى بعد سلوك سبيل الموعظة الحسنة والهجر في المضجع باعتباره الوسيلة الثالثة والاخيرة في الاصلاح ،فالراي فيه ان يقتصر بحاله ، حال انحراف البيئة وغلبة الاخلاق الفاسدة ،ولا يباح الا اذا راى الرجل ان رجوع المراة عن نشوزها يتوقف عليه ،فهو منوط بالضرر الاشد واشبه بالحلال المكروه ،وتقديره بهذه المثابة متروك لقاضي الموضوع[2].

---

(1) سورة النساء الاية 34 .
(2) طعن مصري ،رقم 5 لسنة 46 . أحوال شخصية .

و يفرق القاضي بينهما بطلقة بائنة في حالة عدم حضوره او لم يبد العذر المقبول في اي مرحلة من مراحل الدعوى ، و ان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب او لمجهول المكان طلقها عليه القاضي بلا عذر.

المبحث الرابع

الحبس

نصت المادة 53 / 4 من القانون على جواز طلب الزوجة الطلاق في حال : " الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة اكثر من سنة فيها مساس بشرف الاسرة و يستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية . "

و مؤدى نص المادة المشار اليه اعلاه ان الجرائم الخلقية الماسة بشرف الاسرة تعطي للزوجة الحق في طلب التفريق ، لان الزوج الذي يرتكب الافعال الاجرامية و يقع تحت طائلة العقوبات المقيدة للحرية يعتبر في حكم الغائب عن زوجته و يصيبها مايصيب زوجة الغائب ، و هذا الحل قد جاء موافقا لقواعد مذهب الامام مالك الذي اجاز التطليق على الغائب لا كثر من سنة — كما هو الراجح في المذهب — اذا تضررت زوجته من هذه الغيبة و لو ترك لها مايكفيها من نفقة ، فترفع الزوجة امرها الى القاضي طالبة التفريق للغيبة فيعذره القاضي ، بان يضرب له اجلا للحضور اليها او نقلها اليه ، هذا اذا كان للغائب مكان معلوم ، و الا طلق عليه القاضي بعد مرور الاجل و عدم التنفيذ اما اذا جهل مكانه فيطلق عليه القاضي بدون عذر لان المناط في ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها بقطع النظر عما اذا كان هذا البعد

اختيارا او قهرا فزوجة المسجون لاكثر من سنة كزوجة الغائب و الاسير سواء بسواء لا ن المالكية لا يفرقون بين الغيبة بعذر و الغيبة بدون عذر ، خلافا لمذهب الحنابلة الذين اشترطوا ان تكون الغيبة بدون عذر، و هذه غيبة بدون عذر .

و هذا النص يعالج ضرورات اجتماعية و يقي الزوجات من الوقوع في الحرج بالصبر عن غيبة ازواجهن بعذر، وقد يكون هذا الصبر مع محافظة الزوجة على عفتها امر يتعذر على الطبيعة البشرية احتماله ، و هو ما يوحي ـ في الاصل ـ بان ذلك هو مقصود النص .

و بالرجوع الى القانون الجنائي الجزائري يتبين لنا ان المشرع الجزائري قد عدد الجرائم التي ترتكب ضد الاسرة و الاداب على الوجه الاتي :

ا ـ ارتكاب الفاحشة بين ذوي المحارم .(مادة 337 عقوبات).

ب ـ تحريض القصر على الفسق او فساد الاخلاق او تشجيعهم عليه او تسهيله لهم (المادة 342 عقوبات).

د ـ ارتكاب جريمة هتك عرض او اغتصاب اناث (المادة 334 ، 335 ، 336 عقوبات).

و بناء على نص المادة 4/53 ، يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للحبس اذا ما كانت المدة تزيد عن سنة و كانت العقوبة شائنة و مقيدة لحرية الزوج ، و فيها مساس بشرف الاسرة و يستحيل معها مواصلة العشرة .(1)

كما انه يحق للزوجة ان تطلب التطليق للحالات التي اوردها المشرع الجزائي في قانون العقوبات و هي كما رأينا :

- ارتكاب الفاحشة بين ذوي المحارم .
- تحريض القصر على الفسق او فساد الاخلاق او تشجيعهم عليه او تسهيله لهم .
- ارتكاب جرائم الدعارة .
- هتك العرض او اغتصاب الاناث .

---

(1) قارن نص القانون المصري (لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر و لو كان له مال تستطيع الانفاق منه . و النص مأخوذ من مذهب مالك فيما يتعلق بالتطليق للغيبة بسبب الضرر . راجع المادة 14 من القانون رقم 100 / لسنة 1985 المعدل للقانون رقم 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 مصري .

شروط التطليق للحبس:

يشترط لكي تطلب الزوجة الى القاضي التطليق للحبس الشروط الاتية :

1 — أن يحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية كالحبس او السجن او الاشغال الشاقة المؤقتة ولا يعتبر الغرامة من العقوبات التي ينطبق عليها النص ولو نفذت على الزوج بالاكراه البدني كما لا يعتبر الحكم بالحبس لدين النفقة من العقوبات المسوغة لطلب التطليق .

2 — أن تكون العقوبة المقيدة للحرية لمدة اكثر من سنة : فلو كانت اقل من ذلك توقفت دعواها .

3 — ان تنفذ على الزوج بالفعل ، فلا محل لهذا السبب اذا فر الزوج او هرب من السجن اذا كانت العقوبة غير شائنة كما اشترط النص .

أما اذا كانت العقوبة شائنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها الحياة الزوجية فيكفي صدور الحكم النهائي ولو هرب الزوج قبل النفاذ ، فالشرط ان يستنفذ الحكم درجات التقاضي و ترفع الزوجة الامر الى القاضي مع وثائق الزوجية و صورة من الحكم النهائي بعقاب الزوج بالعقوبة المقيدة للحرية ، او شهادة بحبس الزوج للجريمة ، ولا محل لطلبها اذا حبس الزوج احتياطيا على ذمة التحقيق .

العيوب التي تخص الزوجة :

ـ الرتق : و هو انسداد موضع الجماع من الفرج .

ـ القرن : و هو عظم او لحم بارز و سميك كقرن الشاة ثابت في فرج المراة (1) .

العيوب المشتركة بين الزوجين . و هي :

ـ الجنون

ـ الجذام

ـ البرص المضر

و الخلاف وارد في ثبوت حق الفرقة او في العيوب التي يثبت بها

هذا الحق .

قال فريق : ان النساء لا ترد الا باربعة عيوب : الجنون ، الجذام ، البرص ، وداء الفرج ، و هو المروي عن عمر و علي وابن عباس و سعيد بن المسيب و ابن شهاب الزهري ، و مالك و الشافعي (2) . و خالف الناصر في البرص فلم يجعله عيبا يرد به النكاح .

و الرجل يشارك المراة في الجنون و الجذام و البرص ، و تفسخه المراة بالجب و العنة .

(1) اما الخفل و بخر الفرج و ما الى ذلك فالظاهر ان الطب الحديث كفيل بمعالجة هذه العيوب العارضة .

(2) راجع ابن رشد بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج 2 ، ص 50 دار المعرفة .

اما حكم الصداق ، وعلى من يرجع به عند التدليس والتغرير من الولي ، ومتى يقع الرد بهذه العيوب قبل الدخول او بعده فهذا كله لم يتناوله الخبر ، الا مارواه مالك في الوطاء والدارقطني: ان عمر قضى في البرصاء والجذماء والمجنونة اذا دخل فرق بينهما والصداق لها نظير مسيسه اياها وهو له على وليها[1] . والى هذا ذهب على بن ابي طالب رضي الله عنه[2] .

وقال فريق انه لا خيار لاحد الزوجين في الفرقة اذا وجد بصاحبه عيبا سواء اكان العيب موجودا قبل العقد او ظهر بعده . وهو مذهب اهل الظاهر وفريق من التابعين ، ومذهب عمر بن عبد العزيز واستدلوا على قولهم بعدم الدليل الشرعي على ثبوت هذا الحق لصاحبه ، وما روي عن الصحابة في ذلك ليس بحجة خصوصا فيما هو مجال للراي[3] .

اما المالكية فقد اجازوا التفريق للعيوب السابقة لكل من الزوجين بالنسبة للتي كانت قبل العقد ، اما بالنسبة للعيوب التي حدثت بعده اي بعد الدخول فلا حق للزوج في الفرقة بها وللمراة حق الفرقة للجنون والجذام والبرص منها ، واختلف اصحاب مالك في اربع: السواد ، والقرع وبخر الفرج وبخر الفم فقيل ترد بها وقيل لا ترد .

---

(1) راجع علي الخفيف ص 266 المرجع السابق .
(2) علي الخفيف ، ص 265 المرجع السابق .
(3) نيل الاوطار للشوكاني ، ج 6 ، ص 299 و

مدى تطبيق النص.

لم يصرح النص بالعيوب التي تجعل الخيار بين الزوجين في الفرقة ، وعليه يتعين الرجوع للقواعد الفقهية العامة في تحديد العيوب ، وشروط التفريق لهذه العيوب . لكن صياغة النص تفيد بان المشرع قد توسع في العيوب التي تجعل الزوجة تجعل للزوجة الحق في طلب التطليق ، خلافا لمذاهب الفقهاء حيث حددوا العيوب المستوجبة للتفريق .

اما الذي ذهب اليه المشرع الجزائري فهو يستند لاراء متفرقة لبعض التابعين وهو ما قال به القاضي حسين من الزيدية بقوله :
"كل ما منع من توقان النفس وكسر الشهوة فانه ينفسخ به النكاح".[1]

---

(1) راجع المنتزع من فقه الزيدية ، ج 2 ، ص 265 .

الفصل الثاني

الفرقة لعدم الانفاق

تمهيد و تقسيم .

نصت المادة 1/53 من قانون الاسرة على انه : " يجوز للزوجة ان تطلب التطليق لعدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة باعساره وقت الزواج .

كما نصت المادة 78 من نفس القانون على أن : " تشمل النفقة : الغذاء و الكسوة و العلاج ، و السكن او اجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة " .

و حددت المادة 80 من القانون المذكور استحقاق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي ان يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى .

و قضت المادة 79 بان : سلطة القاضي في تقدير النفقة تراعى فيها حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي

سنة من الحكم .

و اخيرا تسقط نفقة الزوجة بثبوت نشوزها [1] ، و سبب النفقة هو عقد الزواج .

و نفقة الزوجة و اجبة على زوجها باتفاق الفقهاء ، لكنها مشروطة عند جمهور الفقهاء بالاستقرار في منزل الزوجية و تسليم نفسها لزوجها . و هي تشمل بالاتفاق : الغذاء ، الكسوة ، السكن ، و العلاج و ان كان الاخير محل النظر عند بعضهم . و جزاء الامتناع عن الانفاق هو احقية الزوجة في طلب التفريق عند الجمهور .

و على ذلك ينقسم الفصل الى مباحث ثلاث : نعرض في الاول للنفقة و عناصرها و الثاني لجزاء الاخلال بالامتناع عن الانفاق ، و نتناول في الثالث موقف القانون من خلال النصوص السالفة .

---

(1) المادة 37/1 من قانون الاسرة الجزائري تنص على انه : " يجب على الزوج نحو زوجته :

1 — النفقة الشرعية حسب وسعه الا اذا ثبت نشوزها ... "

المبحث الاول

النفقة و مصادرها

قد لا يكون للزوجة اي مورد تستطيع به مواجهة المتطلبات الضرورية للحياة سوى النفقة ، و عليه اوجبت بمقتضى الكتاب و السنة .

1 ـ دليل النفقة من الكتاب :

قوله تعالى : " فما استمتعتم به من هن فاتوهن اجورهن فريضة "(1)

قوله تعالى : " اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم و لا تضاروهن لتضيقوا عليهن(2) "

قوله تعالى : " و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا و من يفعل ذلك فقد ظلم نفسه(3) "

فقد دلت الايات على ان الانفاق واجب على الزوج بالمعروف .

و المعروف : ماجرى به العرف و العادة . وفقا لحال الزوج لقوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته و من قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها(4) . "

---

(1) النساء ، الاية 24 .
(2) الطلاق ، الاية 6 .
(3) البقرة الاية 231 .
(4) الطلاق ـ الاية 7 .

وذهب علماء التفسير الى ان المراد بذلك لينفق كل واحد من الموسر والمعسر ما يبلغه وسعه ، والظاهر ان المأمور بالانفاق هم الاباء فقد قال ابن العربي في تفسيره : هذه الآية أصل وجوب النفقة على الأب دون الأم وخالفه في ذلك محمد بن المواز فقال : بوجوبها على الابوين على قدر الميراث . واختلفوا في الاستدلال بالآية على الفسخ بالعجز على الانفاق على الزوجة .

فذهب ابو حنيفة وعمر بن عبد العزيز الى انه : "لا فسخ بالعجز عن الانفاق وعلى الزوجة الصبر." وقيل : بفسخ النكاح بالعجز عن الانفاق ويفرق بين الزوجين وهو مذهب سعيد بن المسيب ومالك والشافعي واحمد رحمهم الله . وفي الاية استحباب مراعاة الانسان حال نفسه في النفقة والصدقة (1) . وهي واجبة بحسب العرف (2) . وتجب على الزوج بالشروط السابقة ولو لا يمكنه الوطء كالعنين والمجبوب والمريض (3) .

---

(1) راجع الالوسي ج 28 ، ص 140 تفسير ، القرطبي ج 8 ، ص 173 تفسير .

(2) راجع الالوسي ، ج 28 ، ص 140 تفسير المرجع السابق .

(3) راجع كشاف القناع ، ج 5 ، ص 460 .

2/ دليل النفقة من السنة :

انه عليه الصلاة و السلام أذن لهند زوجة أبي سفيان — حين شكت اليه شح زوجها أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بالمعروف من غير إذنه ، فلو كانت غير واجبة على الزوج لما امرها النبي بذلك (1)

وانه عليه الصلاة و السلام قد اوصى بالنساء خيرا في حجة الوداع : " أوصيكم بالنساء خيرا " والخطاب موجه لامته لان عدم الانفاق فيه ضرر لها وماذا بعد الخير الا الضرر .

ومن أدلة وجوب النفقة أيضا : أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد كتب الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم بأن يأخذوهن وأن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى (2).

وبعد أن ثبت دليل النفقة من الكتاب والسنة و مذاهب الصحابة يتعين تبيان شروطها .

(1) كشاف القناع ، ج 5 ، ص 460 .

(2) علي الخفيف ، فرق الزواج في المذاهب الاسلامية ، ص 291 .

شــروط النفقـــــة :

حتى تستحق الزوجة النفقة المقررة شرعا على زوجها يجب ان يتوافر لذلك شرطان :

الاول : ان تستقر الزوجة في منزل الزوجية كمظهر من مظاهر طاعتها لزوجها ، وهو مايعرف "بالاحتباس"

الثاني : ان تسلم نفسها له ، ولو حكما موسرة كانت او مختلفة معه في الدين . وهو ما ذهب اليه الجمهور خلافا لابن حزم الذي يرى استحقاق الزوجة لنفقتها مطلقا بسبب عقد النكاح حتى ولو كانت ناشزا .(1)

ويتحقق الاحتباس أيضا ولو حكما كان تستعد الزوجة للانتقال الى مسكن الزوجية ولا يجيبها الزوج ، لانه اذا كانت النفقة حق للمرأة فان الانتقال حق للزوج ، فحيث تمتنع المرأة عن الاحتباس فقد تخلف حقها في النفقة ، وحيث يمتنع الزوج عن طلبها للنقل فقد تخلف حقه في ذلك دون مساس بحقها في النفقة اذا استعدت للانتقال لانها محتبسة حكما .(2)

---

(1) راجع المحلى لابن حزم ، ج 11 ص 321 .
(2) راجع فتح القدير ، ج 3 ، ص 421 .

و تشمل النفقة على الخصوص:

1 — مصاريف الادوية و العلاج :

ان مصاريف الأدوية و العلاج واجبة على الزوج من باب المعروف و الفضل بينهما لقوله تعالى : " و لا تنسوا الفضل بينكم"(1) . و القول باستحقاقها عموما مصاريف العلاج هو مذهب الزيدية و قواعد فقه الامام مالك حيث يعتبرون بان ثمن الادوية و اجرة الطبيب تدخل ضمن نفقة الزوجة . اما اذا مرضت و هي ناشز او ممتنعة عمدا عن تسليم نفسها فعلا او حكما فتسقط نفقتها عموما ، لان نفقة العلاج و هي جزء من عموم النفقة تستحق لها بسبب المودة و الرحمة المنصوص عليها في القران الكريم : " و جعل بينكم مودة ورحمة"(2) . فإذا تخلفت المودة و الرحمة تعين سقوط النفقة .

2 — المسكن الشرعي :

من المسلم به ان المسكن من عناصر النفقة و له مواصفات في فقه الشريعة على الوجه الاتي :

ا — ان يكون هذا المسكن مناسبا للمركز الاجتماعي للزوج دون اعتبار

(1) سورة البقرة ، الآية 237
(2) سورة الروم ، الاية 21 .

لمركز الزوجة فيكون ذلك بمسكن تامن فيه على نفسها و مالها

ب — و يجب ان يكون هذا المسكن خاليا من سكنى الغير بصرف النظر عن درجة قرابة هذا الغير لان المناط في ذلك عدم مضايقتها و التقييد من حريتها بمعاشرتها لزوجها و الاستمتاع به لان المسكن حق من حقوقها الخالصة و لها ان تتقص بعضا من هذا الحق الخالص بان تختار من يقيم معها من محارم وزوجها لكن ليس لها ان تمنع ولد زوجها من الاقامة معها اذا كان صغيرا و غير مميز .

ج — و يجب ان يلحق بالمسكن الشرعي المرافق الضرورية من مكان للغسل والطبخ و قضاء الحاجة وان يجهز بلوازم الفراش و الاواني و الادوات المنزلية بما يتفق هذا كله و حال الزوجة .

د — و يجب ان يكون هذا المسكن محصنا بالامان على نفسها و متاعها ولا تستوجب فيه خيفة على نفسها او متاعها و لا يكون فيه ايحاش لها و اذا كان المسكن يبعد عن مناطق اهلة بالسكان فيجب عليه ان يحضر لها امراة كبيرة من اقاربه تؤنسها وحدتها في اثناء خروجه من المنزل و اذا كان ميسورا فيجب عليه ان يقتني لها خادمة او ينقلها الى مسكن اخر فيه الامان على نفسها و مالها و في المقابل يمتنع على الزوجة ان تحضر معها احدا من اقاربها للاقامة معها حتى ولو كان لها ولد صغير من زوج

آخر دون رضاء الزوج لأن حياتهما بما فيها من معاشرة و استمتاع و منافع المسكن مملوكة لهما وحدهما لا يجوز لاحد مشاركتهما فيها الا برضاء كل منهما على الوجه المتقدم (1) .

(1) راجع رد المحتار جـ 3، ص 599 .

المبحث الثاني

الامتناع عن الانفاق

ثار الخلاف بين فقهاء الشريعة حول امتناع الزوج عن الانفاق عن زوجته وله مال ظاهر او لم يكن له مال ظاهر سواء كان ذلك راجع لعسرته ام للجهل بهذا المال ، ام لانه غيب ماله ولا يعلم له مكان .

ومع خلافهم هذا فقد فرقوا بين هذه الحالات على الوجه التالي :

1 — حالة وجود مال ظاهر للزوج حاضرا او غائبا وامتناعه عن الانفاق على الزوجة :

ذهب جمهور الفقه الى عدم احقيتها في طلب التفريق بينها وبين زوجها بسبب هذا الامتناع ، بعلة انها يمكن أن تأخذ مايكفيها من هذا المال بطرق قضائية او غير قضائية ودون توقف على إذنه ، ومن ثمة يتخلف الحق في التفريق لعدم وجود سبب ما ينبني عليه .

وسندهم في ذلك :

قضاؤه عليه الصلاة و السلام في شكوى هند زوجة أبي سفيان بأن تأخذ من ماله مايكفيها وولدها بالمعروف فلو كان للزوجة الخيار في التفريق في هذه الحالة لما أمرها عليه الصلاة و السلام بأن تأخذ من مال زوجها بالمعروف (1).

2 — حالة عدم وجود مال سواء كان هذا المال غائب أو جهل مكانه أو قيمته أو كان الزوج معسرا أم كان ماله غائبا بمعرفته أو كان الزوج معسرا أو كان ماله غائبا بمعرفته و امتنع عن الانفاق .

فليس لها : عند فريق منهم طلب التفريق لهذا السبب و هو جماعة من التابعين و مذهب الحنفية و الظاهرية و الشيعة الجعفرية و جمهور الزيدية و قول عند الشافعية (2) و احتجوا لقولهم بالاثر السابق في شكوى هند فضلا عن انه لم يرد عن النبي عليه الصلاة و السلام يدل على ثبوت حق الزوجة في طلب التفريق عند عدم الانفاق (3) .

---

(1) زاد الميعاد لابن القيم ، ج 4 ، ص 144

(2) راجع علي الخفيف فرق الزواج ، ص 296 .

(3) زاد الميعاد لابن القيم ، ج 4 ، ص 154 .

و من الادلة أيضا أن :

ـ الصحابة رضوان الله عليهم كان فيه الموسر و المعسر و كان المعسرون هم الاكثرية ، ولم يرد ما يدل على انه عليه الصلاة و السلام قد فرق بين صحابي وزوجه لعدم الانفاق [1].

ـ ان الله تعالى ندب الى النكاح حال الفقر في قوله عز وجل : " و انكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وايمائكم ان يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله [2] "

فدلت الآية على أن النكاح مندوب حال الفقر ، و اذا كان كذلك فيصح ان الفقر لم يكن سببا للتفريق بين الزوجين [3].

ـ ان النفقة لا تعدوا ان تكون دينا للزوجة في ذمة زوجها و الدائن ينتظر الى ميسرة عند عسر مدينه امتثالا للأمر الوارد لقوله تعالى : " فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة [4] ".

وإذا كان الدائن مأمور بنظرة الميسرة مع مدينه المعسر فمن باب أولى

---

(1) زاد الميعاد لابن القيم ، جـ4 ، ص 155 .

(2) سورة النور ، الآية 3

(3) زاد المعاد لابن القيم ج 4 ، ص 155

(4) سورة البقرة ، الاية 280 .

أن تكون الزوجة مأمورة بها .

وذهب فريق آخر إلى أنها تخير بين أن ترضى وتصبر وبين أن تطالب التطليق وهو مذهب فريق من الصحابة منهم عمر وعلي وابو هريرة رضي الله عنهم ومذهب فريق من التابعين ، كما انه مذهب مالك واحمد واحد القولين عن الشافعية وسندهم في ذلك :

1 ـ النص في قوله تعالى : " وامساك بمعروف او تسريح باحسان ".(1)

والنفقة تدخل في عموم الامساك بمعروف ، واذا تخلف الامساك بالمعروف تعين التسريح بالاحسان لان العجز عن النفقة هو خروج عن حدود المعروف الذي امر الله جل شانه به .

2 ـ مراسيل سعيد بن المسيب ، حيث ذهب الى ان التفريق عند العجز عن الانفاق هو سنة عن الرسول صلى الله عليه وسلم . وهذه المراسيل يحتج بها عند اكثر الفقهاء(2) . وما قام به عمر بن الخطاب بأمر أمراء الأجناد بارسال النفقة المستحقة على الغائبين .(3)

(1) سورة البقرة ، الآية 229 .

(2) راجع القرطبي ، ج 5 ، ص 145 . تفسير . علي الخفيف ، فرق الزواج ، ص 231 المرجع السابق .

(3) زاد المعاد لابن القيم ، ج 4 ، ص 155 .

3 — المعقول : إنه إذا كان طلب الفسخ ثابت للزوجة ولازما لعجز الزوج عن الوطء للضرر الواقع عليها وكان هذا الضرر أقل وطأة من الضرر عند العجز بعدم الانفاق ، فصح ان الفسخ عند العجز عن الانفاق ألزم[1] .

ونميل من جهتنا إلى رأي هذا الفريق الذي ذهب إلى أحقية الزوجة في طلب التفريق عند اعسار زوجها وعجزه عن الانفاق اذا لم تصبر على عسره مراعاة لحالة الاسرة والاولاد وقطعا لدرء النزاع .

---

(1) زاد المعاد لابن القيم ، ج 4 ، ص 155 .

المبحث الثالـــث

موقف القـــانـــون

عالج التقنين الجديد عناصر النفقة فجعلها شاملة للعلاج و هي تشمل منطقيا ثمن الأدوية وأجرة الأطباء و تكاليف المستشفيات و هو تطور في التشريع يتفق و مذهب الزيدية (1) . خلافا لما ذهب اليه جمهور الفقه و منهم الاحناف و المالكية بالنص على ان : الدواء واجرة الطبيب لا تلزم الزوج (2) . وفي اعتبار نفقة العلاج من ادوية واجرة طبيب ومصاريف العمليات الجراحية و الاقامة بالمستشفيات مسايرة لروح العصر ومقتضياته حيث اعتبرت الحياة الصحية قوام تقدم الاسرة .

و ما ذهب اليه المشرع الجزائري في المادة 73 بشأن اعتبار العلاج ضمن عناصر النفقة فقد أخذ به المشرع المصري بالنقد في قانون الاحوال الشخصية الجديد (3) .

---

(1) راجع البحر الزاخر ، ج 4 ، ص 272 ،

(2) راجع فتح التدير ج 3 ، ص 343 . الشرح الصغير ، ج 2 ، ص 731 .

(3) راجع القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص باحكام النفقة و بعض مسائل الاحوال الشخصية =

ونقسم المبحث الى مطلبين :

نتناول في الأول: نفقة الغائب

وفي الثاني : تقدير النفقة .

المطلب الاول

نفقة الغائب

نصت المادة 553 على أحقية المرأة في طلب التفريق بقولها :

" للغيبة . بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة . "

والغائب له حالتان :

1ـ أما أن تكون غيبته معلومة ، ولكن يتعذر مراسلته .

2ـ أن تكون غيبته غير معلومة فيتعذر مراسلته .

فاذا تقدمت الزوجة الى القاضي بطلب النفقة مع اثبات الزوجية وكان له مال ظاهر نفذ عليه القاضي بالنفقة التي يقدرها ولا محل لطلب التفريق عند ذلك لامتناعه عن الانفاق لأن الزوجة قد اندفعت حاجتها وأزال القاضي الضرر الواقع عليها ، ويسري هذا الحكم في حال الكفيل

= ويلاحظ ان القانون رقم 25 لسنة 1920 المشار اليه قبل التعديل لم يكن ينص على اعتبار العلاج ضمن مفردات النفقة جريا على مذهب الاحناف و مالك .

بالنفقة لأن ماله يقوم مقام الزوج (1) .

أما إذا لم يكن له مال ظاهر : فيفرق بين الغيبة القريبة و الغيبة البعيدة .

ففي حالة الغيبة القريبة و هي التي يسهل فيها وصول قرار المحكمة اليه اعذره القاضي وضرب له اجلا ، فاذا لم يحضر و لم ينفق عليها او لم يرسل لها النفقة الواجبة لها عليه و تحققت المحكمة من وصول اقرارها باعذاره يطلق عليه القاضي بعد مرور الاجل المضروب (2) .

اما اذا كانت الغيبة بعيدة ، و يتعذر وصول قرار المحكمة اليه او جهل مكانه ، او فقد ولا يدري أهو حي ام ميت طلق عليه القاضي في الحال بعد اثبات الغيبة .

و هو مذهب مالك وبه أخذ المشرع المصري في قوانين الاحوال الشخصية المتعاقبة في مصر، و كذلك التشريع السوري والسوداني في مجمله (3) .

---

(1) راجع الشيخ علي الخفيف ، فرق الزواج ، ص 298 ، المرجع السابق .
(2) راجع الشيخ علي الخفيف ، ص 299 المرجع السابق .
(3) المرجع السابق للشيخ علي الخفيف ، ص 299 .

ونظرا لخلو القانون من النص يحكم المسألة في هذا الخصوص فانه يتعين الرجوع في ذلك الى مذهب مالك خصوصا وان القضاء في الاقطار الاسلامية يطبق قواعد النفقة للغياب وفقا للمذهب المذكور .

المطلب الثاني

تقدير النفقة

اخضعت المادة 79 من القانون والمشار اليها في صدر المبحث تقدير النفقة لسلطة القاضي ، لكنها قيدته بمراعاة حال الطرفين وظروف المعاش .

وبالرجوع لفقه الشريعة يتضح ان تقدير النفقة بحال الزوج او حالهما معا محل خلاف .

فقد ذهب الشافعية وابن حزم ورأي صحيح في المذهب الحنفي الى ان النفقة تقدر بحال الزوج(1) لان الله تعالى قد جعل النفقة على الازواج وذلك في قوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها "(2) .

---

(1) راجع الام للامام الشافعي ، ج 5 ، ص 79 . وفتح القدير ج 3 ص 322

(2) سورة الطلاق ، الاية 7 .

وقوله تعالى : " اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن (1) .

في الآيتين دليل على اعتبار حال الزوج لا الزوجة فلو تزوجته وهي عالمة بفقره راضية بالمعيشة معه على الحالة الظاهرة امامها ، فعليها القبول والرضى بما وسعه الانفاق بصفته قوام عليها ، وهذا الرأي يتسق مع الحكم الوارد في الفقرة الاولى من المادة 53 من قانون الاسرة التي قالت باحقيتها في طلب التفريق حيث نصت على انه : " يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للاسباب التالية :

1ـ عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعساره وقت الزواج .

اما ما اختاره القانون بمراعاة حال الطرفين فهو ينطبق في رأيي على الحالة التي يكون الزوج فيها ظاهر اليسار ، دون ان يكون معسرا . لانه عند الاعسار وهي عالمة به يتخلف حقها في طلب التفريق باعسار الزوج حينذاك . اما اذا كان اليسار عند عقد النكاح ثم اعسر بعد ذلك ، فالصحيح انها تجب لها نفقة الفقراء في حالة العسر دون نظر لحالها لانه اذا كانت اعسر بعد يسر فكيف يصح القول بمراعاة حالها وهو لا

---

(1) سورة الطلاق الآية 6 .

يستطيع الا دفع الحاجات الضرورية .

واستند القانون في حكمه بعدم أحقية المرأة في طلب التفريق .اذا تزوجته عالمة باعساره راضية به الى قول الامام مالك في هذا الخصوص حيث ذهب الى ان : طروء يسار له بعد اعساره عند النكاح ثم عودة اعساره لا يعطيها ايضا طلب التفريق لانه متى ثبت اعساره بالبينة او باقرارها امهله القاضي مدة قد تكون شهرا او نحوه ليحصل على نفقة لزوجته دون اضرار بها والا طلق .

وقد استقر القضاء الجزائري على عدة مبادئ في شأن التطليق لعدم الانفاق(1)، نذكر منها في هذا الصدد :

— اعتبر القضاء عدم الانفاق من الزوج على زوجته طيلة اربع سنوات كافية لفك الرابطة الزوجية بناء على القاعدة الشرعية التي تقضي بأن للزوجة التطليق للضرر البين " قرار المجلس الأعلى رقم 8 / 11 / 76 نقض 13935 " .

واهمال الزوجة مدة تزيد عن سنتين وعدم الانفاق عليها يعد اضرارا بها وتطلق عليه "قرار المجلس الاعلى رقم 3-0-76، نقض 13448 " .

(1) نشرة القضاء لوزارة العدل

واهمال الزوج زوجته مدة ستة سنوات وعدم الانفاق عليها وعلى ولده يستوجب الحكم لها بالتطليق بينها وبين زوجها " المجلس الاعلى : نقض 13896 "

كما حكم بتخصيص المسكن المؤجر للحاضنة (المجلس الاعلى ، قرار رقم 054 بتاريخ 1982/2/21).

وهذا الذي ذهب اليه القضاء الجزائري متفق واحكام الشريعة الاسلامية .

الفصل الثالث

الفرق التي لا تتوقف على القضاء

تمهيد :

قد يتفق الزوجان على الطلاق دون لجوء الى القاضي صيانة لاسرار الاسرة استجابة لقوله تعالى : " وان يتفقا يغن الله كل من سعته (1) ".

و اسباب الفرقة غير القضائية قد تكون بغير اتفاق الزوجين ، عندما تبغض الزوجة زوجها و تريد ان تفتدي نفسها ، او عندما يجد كل منهما تخلف حبل المودة والرحمة بينهما وخشية الكفر في الاسلام فيقع الطلاق على مال بالاتفاق ، و هو الخلع، دون اللجوء الى المحاكم .

و قد تقع الفرقة من سلوك للزوج يرى فيه التاديب لزوجته متجاوزا حدود ما رسمه الشارع الحكيم في نشوز الزوجة ، وهي : الوعظ بالحسنى ثم الهجر في المضجع و هو اخر الوعظ ، ثم الضرب اذا لم ترتدع عن النشوز ، بيد ان الزوج قد يلجاء الى سلوك طريق وعر فيه

---

(1) سورة النساء ، الاية 130 .

ايذاء لها وليس من سبيل لمعالجة هذا السلوك وحمله على الجادة الا باتباع ما رسمه الشارع الحكيم ، لتحل له زوجته بعد ان صارت لا تحل له ذلك هو الايلاء والظهار ، وعلى هذا سوف نخصص هذا الفصل الى المباحث التالية :

ـ المبحث الاول : الطلاق على مال .

ـ المبحث الثاني : الايـلاء .

ـ المبحث الثالث : الظهار .

المبحث الاول

الطلاق على مال (الخلع)

الخلع لغة من خلع ثوبه و نعله و قائده ، و خلع عليه خلعه كله من باب قطع . و خلع امرأته خلعا، و خالعت المرأة بعلها اراد ته على طلاقها ببدل منها ، فهي خالع والاسم الخلعة ، وقد تخالعا و اختلعت فهي مختلعة [1] و معناه الازالة و الابانة من خلع الرجل ثوبه ازاله و ابانه . و الزوجان كل منهما لباس لصاحبه ، قال تعالى : " هن لباس لكم و انتم لباس لهن [2] . "

فاذا فارقها كانه نزعها عنه و لما كان في نظير عوض ناسبه ان يسمى بهذا الاسم اكثر من غيره ويسمى ايضا فيدية و افتداء [3] .

---

(1) راجع مختار الصحاح ، ص 185 مادة خلع .

(2) سورة البقرة ، الآية 187 .

(3) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج 9 ، ص 325 ، المرجع السابق ، بلغة السالك الى مذهب الامام مالك ج 1 ، ص 441 .

الشرح الكبير و الدسوقي عليه ج 2 ، ص 347 .

بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 66 — 67 .

والاصل في الطلاق ان يقع بارادة الرجل المنفردة ، وجعله الله مخرجا عند تخلف المودة والرحمة بينهما ، بيد ان الكراهية قد تحدث من الزوجة لزوجها ، فتريد التفريق وهو لا يرغب فيه فتلجاء الى الاتفاق معه على عوض تدفعه له نظير الطلاق ليرجع عن اصراره بالتمسك بها ، ويفا رقها نظير هذا العوض الذي تكبده في سبيل نكاحها ونفقاته ، فتخالعه على هذا المبلغ من المال .

لذلك نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :

الاول : في دليل الخلع

الثاني في التكييف الفقهي للخلع .

الثالث : شروط الخلع .

المطلب الاول

دليل الخلع

ورد الدليل على جواز الخلع في الكتاب والسنة والاثر

1ـ الكتاب :

قوله تعالى : " الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به (1) . "

والنص استثناء وارد على الآية الكريمة التي لا تجيز للرجل ان ياخذ شيئا مما قدم لزوجته من اجل الزواج نظير طلاقها بالنهي عن ذلك في قوله تعالى : " وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا اتاخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض (2) " فدلت الاية على رفع الجناح على الزوجين في افتداء الزوجة نفسها بمال تدفعه للزوج نظير تطليقه .

(1) سورة البقرة الاية 229 .
(2) سورة البقرة الآية 228 .

و الفرقة تسمى خلعا او اختلاعا (1).

2 ــ السنــــة :

قضاؤه عليه الصلاة والسلام في واقعة امراة ثابت بن قيس (2).

اذ ترافعت الى حضرته فقالت : يارسول الله : ثابت بن قيس ما اعتب عليه في دين ولا خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام ". فاحضر ثابت بن قيس وفرق بينهما ورد اليه الحديقة (3) التي كان قد دفعها اليها كمهر وامرها ان تلحق باهلها وتتربص بحيضة فدل ذلك على وجوب التفريق بين الزوجين اذا ابدت الزوجة كراهيتها لزوجها بما لا يلتئم مع دين ولا خلق حيث لا تستقيم العشرة مع كراهتها لبعلها .

وما فعله عليه الصلاة والسلام اجدر ان يسلكه القضاء الان فيحكم بالتفريق بين الزوجين بمخالعته بما اعطاها من مهر فان رضيت

---

(1) راجع احكام القران لابن العربي ج 1 ، ص 194 . صحيح البخاري ج 9 ، ص 325 المرجع السابق .

(2) وقيل انها جميلة بنت سلول وقيل حبيبة بنت سهل ، راجع صحيح البخاري ج 9 ص 325 .

(3) راجع لمزيد من التفصيل القصة مبسوطة بروايات مختلفة في فتح الباري ، ج 9 ص ، 326 .

المطلب الثالث

شروط الخلـــــــــــع

للخلع شروط يجب توفرها في المخالع واخرى يجب توافرها في المختلعة وعلى ذلك نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع كما تقدم ذكره ، فنخصص الاول لشروط المخالع ، والثاني لشروط المخالعة ، ونفرد الثالث لمقدار العوض.

الفرع الاول : شروط المخالع .

يشترط في المخالع بما يشترط في المطلق فمن جاز طلاقه جاز خلعه ، ولكن ما الحكم اذا كان المخالع مريضا مرض الموت ثم هلك قبل ان يبرأه اختلف الفقهاء في ذلك :

- قيل لا ترثه زوجته ولو هلك في اثناء عدتها وهو مذهب الحنابلة والحنفية والشافعية .

- وقيل ترث اذا هلك في مرضه الذي خالعها فيه يستوي ان تكون المنية قد وافته اثناء ام بعد انتهاء العدة ، وبصرف النظر عن اقترانها بزوج من عدمه ، وسواء دخل بها ام لم يدخل بها وهو مذهب المالكية ووجه ذلك عندهم ان الزوج قد اقدم على ما ينتج عنه اخراج وارث من تركة تعلق

له بها حق فلا يجوز ذلك .

و اتفق الكل على ان الزوج لا يرث المختلعة حيث اسقط بالخلع ما كان له من حق (1).

و بمقارنة هذه الاراء يتضح ان الاولى و الاوفق ان لا يرثها و لا ترثه لانه برضاها بالخلع قد اسقطت ماكان لها من حق ايضا و هو ما يراه الشيخ علي الخفيف و هو الذي يجب ان يسير عليه التقنين بالنسبة للمشرع الجزائري لقطع دابر الخلاف ، وليكون كل منهما في روية من الامر قبل حل رابطة الزوجية بالخلع لما يترتب عليه من افتراق الزوجين من تصدع في الحياة الاسرية وضياع للاولاد .

الفرع الثاني : شروط المختلعة :

يشترط في المختلعة :

اهليتها للتبرع اذا كانت هي الملزمة بالعوض طبقا للقواعد العامة في احكام العقود في الشريعة و القانون التي توجب سلامة الرضى من العيوب .

(1) راجع الشرح الكبير للدردير و الدسوقي عليه جـ 2 ص 347

و ذهب المالكية الى عدم جواز خلع الصغيرة و السفيهة و لكن تبين منه ، ويجب عليه اذا علق طلاقها على مال ان يرده لها و هي امور تتفق مع القواعد القانونية في نظرية العقد ، ويرى مالك عدم وقوع خلع المكرهة بتعليق طلاقها على مال ، فلا يقع به طلاق .

الفرع الثالث : مقدار العوض .

يجب لتحديد مقدار العوض التفريق بين حالتين :
— الحالة الاولى :

ان تصدر الكراهية و النشوز منها وتكره كفر العشيرة كما حدث في واقعة جميلة بنت سلول مع زوجها ثابت بن قيس ، فيصح في هذه الحال الخلع على الكثير و القليل ولو بزيادة عما امرها به لقوله تعالى : " فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به(1) . " فدلت الآية على جواز الفدية بالطلاق عند خوفها الا يقيما حدود الله ، فالجواز اولى ان كان الخوف منها وحدها ، وقد تخلف عن الظن بالامساك الضرار بالزوج بغيا وعدوانا عليها فلا حد عندئذ لما تفتدي به ، و هو قول الخلفاء الثلاثة : عمر و عثمان وعلي رضي الله عنهم و جماعة من الصحابة و التابعين ،

---

(1) سورة البقرة الآية 229 .

و مذهب الائمة الاربعة ، و تطلب له الزيادة طبقا لمذهب الحنفية و الشافعية وبعض الحنابلة ، خلافا للمالكية .

و قد اخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور حيث نصت المادة 54 من قانون الاسرة على انه : " يجوز للزوجة ان تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه . . . "

ووجه استدلال الجمهور بالزيادة هو التمسك بالنص القرآني " فلا جناح عليهما فيما افتدت به[1] ". و هو نص عام يتناول مثل مهرها و ما زاد عليه . وكما استدلوا ايضا بقضاء عثمان في واقعة الربيع بنت معوذ بن عفراء .

<u>الحالة الثانية</u> :

ان تكون الكراهية منه لها ، و فيها اختلف الفقهاء و الراجح ان الخلع باطل والعوض مردود عليها ان اخذ منها ، و يقع الطلاق رجعيا لانه طلاق لا فى مقابلة مال ، و هو مذهب الائمة الاربعة و ابن عباس رضي الله عنهم ، وفريق من التابعين ، خلافا للحنفية لقوله تعالى :

---

(1) سورة البقرة ، الاية 229 .

"وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا ".(1) وقوله تعالى : " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ".(2) وقوله تعالى : "ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن ".(3)

فالآيات السابقة تدل على ان العوض مع الاكراه غير جائز ولا يطيب للزوج اخذه لانه لا يستحقه .

ويصح الخلع على مايوصف بالمال مثلي او قيمي وعلى حضانة ونفقة الصغير واجرة المسكن وكل ما فيه منفعة لها وحصل بشأنه اتفاق.

---

(1) سورة النساء ،الآية 20

(2) سورة البقرة ،الآية 231

(3) سورة النساء ،الآية 19 .

المبحث الثاني

الايلاء

لغة : الايلاء مشتق من الالية ، وهي اليمين والجمع الايا ، وزن عطايا وفعله آلى يولي كآتي يؤتي ابتداء ، كقول الشاعر :

قليل الالايا حافظ ليمينه اذا صدرت منه الالية برت .

وهو شرعا : حلف الزوج على ترك قربان زوجته اربعة اشهر فصاعدا بالله ، او بتعليق ما يستشقه عادة على قربانها كقوله لزوجته : والله لا اقربك ابدا ، والقصد منه عدم وطئها مضارة بها ، اما اذا حلف على الا يطأها بسبب الخوف على الولد الذي يرضع منها فلا يكون ايلاء (1) .

والاصل فيه قوله عز وجل في كتابه العزيز : " للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم . وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم (2) "

---

(1) راجع بلغة السالك ، ج 1 ، ص 478 . ط : الحلبي ، القاهرة سنة 1952 . الشرح الكبير للدردير ج 3 ص 427 . المغني ج7 ص 23 .

(2) سورة البقرة الايتان 226/227 .

قال علماء التفسير : ان الآية وضعت الاحكام للذين لا يجامعون زوجاتهم مدة اما اقل من اربعة اشهر ، وفي هذه الحالة له الانتظار لحين انقضاء المدة ثم يجامعها وعليها ان تصبر وليس لها مطالبته بالفئة في هذه المدة ، وسند ذلك ما ثبت في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلاة والسلام آلى من نسائه شهرا فنزل لتسع وعشرين وقال : الشهر تسع وعشرون .

وان زادت المدة على اربعة اشهر فللزوجة مطالبة الزوج عند انقضاء هذه المدة ويجبره الحاكم اما للفيء اي يجامعها واما ان يطلقها دراء للضرر بها . وفي الآية دلالة على ان الايلاء يختص بالزوجات المدخول بهن[1] . ولا يقع الا من زوج مكلف وصحته منه محل اتفاق ، ولا يصح من الصبي ولا من المجنون ولا من المعتوه بالاتفاق لان هؤلاء ليسوا من اهل التكليف[2] .

---

(1) راجع ابن كثير ، ج 1 ص 263 . تفسير . ابن العربي ، احكام القران ج 1 ص 178 ، تفسير . الفخر الرازي ، ج 6 ، ص 86 تفسير . نيل الاوطار للشوكاني ، ج 7 ، ص 43 . فتح الباري ، ج 9 ، ص 350 بلغة السالك ج 1 ، ص 478 .

(2) شرح الدردير ، ج 2 ، ص 427 . المغني ، ج 8 ، ص 523 . البدائع للكساني ج 3 ص 195 . الفتح الباري ج 3 ص 195

صــفــة الايلاء :

قد تكون منجزة او مضافة او معلقة على شرط .

اما كونها منجزة : فمثال ذلك قوله : " والله لا اقربك عام "" ، واما انها مضافة كقوله : " والله لا اقربك الصيف القادم " .
واما كونها معلقة على شرط فمثاله : قوله والله لا اقربك ان حضرت ثلاثة خرتك من منزل ابيها " وهو ماذهب اليه جمهور المذاهب الاربعة وعند مالك يكون الايلاء في الغضب لا في الاصلاح لانه يحلف الا يجامعها اضرارا بها .

حــكـم الايلاء :

يترتب على ايلاء الزوج من زوجته ، ان يتربص بها اربعة اشهر طبقاللنص القرآني : " للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر"(1) .
و تبدأ المدة في من وقت الايلاء في حالة ما اذا كان غير معلق على شرط او مضافا الى اجل مستقبل ، وهذا في الزوجة المدخول بها ، اما المطلقة رجعيا فتبدأ المدة من وقت اليمين عند من يرى عدم حرمة وطئها . ولا تبدأ هذه المدة الا من وقت المراجعة عند من يرى حرمة

(1) سورة البقرة الاية 226 .

وطئها وذلك كله قبل خروجها من عدة الطلاق الرجعي (1)؛

اما اذا اضافه او علقه على شرط فتبداء المدة من حلول الاضافة او من وقت وجود الشرط الذي علقت عليه الصيغة، وتبداء المدة بالنسبة لغير المدخول بها من وقت دعائها للدخول .

وبالنسبة للصغيرة التي لا تطيق الوطء عند اليمين ،فتبداء المدة من وقت اطاقتها الوطء ، هذا ما ذهب اليه المالكية ، حيث لا يفرقون بين مانع واخر ، فهي عندهم سواء (2) والاتفاق وارد على ان يمينه تنحل بفيئه الى زوجته في مدة التربص وتلزمه الكفارة لحنثه بالفيء اذا كان الحلف بالله .

---

(1) راجع القرطبي ،جـ 3 ،ص 109 ،تفسير . احكام القران لابن العربي جـ 1 ،ص 178 ،/ 179 تفسير . الشرح الكبير ،ج 2 ص 427.
المغني ،جـ 8 ،ص 530. فتح القدير ،جـ 3 ،ص 195.
نهاية المحتاج ،جـ 7 ،ص 73.

(2) راجع القرطبي ،ج 3 ز ص 109 تفسير . احكام القران لابن العربي جـ 1 ،ص 178 / 179 . تفسير.

اما ان علق قربانه لامراته بطلاق او صيام او حج فينحل بهذا الالتزام .

و يكون الفيء بالجماع عند القدرة عليه مع عدم المانع من جهته او من جهتها . اما عند قيام المانع كالعجز فيكون الفيء ـ على ماذهب اليه المالكية ـ بالوعد بالوطء عند زوال المانع (1) .

و لكن ما الحكم اذا مضت المدة المنصوص عليها و لم يفيء الزوج ؟ ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى القول بان ترفع امره الى القاضي طالبة منه امره بالفيء او بالتطليق فيامره القاضي بالفيء فان ابى امره بالطلاق و الا طلق عليه القاضي ، وللطلاق الواقع سواء منه او من القاضي طلاق رجعي .

و يرى المالكية انه اذا وعد القاضي بان يفيء يختبره مرة و اخرى الى ثلاث فان مضت المدة دون ان يمتثل ويفيء يامره القاضي بالطلاق والا طلق عليه في الحال .

---

(1) راجع القرطبي ، ج 3 ، ص 109 . تفسير . احكام القرآن لابن العربي ج 1 ، ص 178 / 179 / تفسير . الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 427 .

وما ذهب اليه الجمهور من واقع الآية التي تدل على ان الفيء وعزم الطلاق لا يكون الا بعد مضي المدة ، بدليل انه لو وقع الطلاق بمضيها لم يحتج الى عزم عليه بعد وقوعه ، ولان الطلاق الاصل فيه ان يقع رجعيا ولا يصير الى البائن الا بدليل خاص فيتعين حينئذ اعتباره طلاقا رجعيا خلافا لغيرهم في نوع هذا الطلاق[1] .

---

(1) قارن ابن حزم (المحلى) جـ 7 ، باب الايلاء .

و استند المالكية في رفعها امره الى القاضي بطلب امره بالفيء الى ما روي عن فريق من الصحابة منهم عمر و عثمان وعلي و ام المؤمنين عائشة و ابن عمر رضي الله عنهم وفريق من التابعين ،منهم : سعيد بن المسيب و عروة بن الزبير و طاوس .

و اذا اسقطت حقها في المطالبة او المرافعة لزمها ذلك وليس لها العودة بالمطالبة بعد ذلك و هو ظاهر مذهب المالكية ، قياسا على زوجة العنين اذا رضيت به .

اما اذا انقضت الاربعة اشهر الاولى وسكتت الزوجة عن مطالبته ولم ترفع امرها الى الحاكم ليوقفه ،فعند مالك لا يلزمه شيئا و هو قول اكثر علماء المدينة فمذهب مالك في هذا الخصوص هو ان الطلاق لا يقع بمضي المدة من غيرفيء ولكن يوقف الزوج فاما ان يفيء و اما ان يطلق و يامره القاضي فان لم يفيء طلق القاضي عليه و هو المروي عن ام المؤمنين عائشة وجماعة من الصحابة والتابعين .

و اذا راجعها فوطاءها سقط الايلاء و الا بانت عنه في انتظار عدتها من طلاق القاضي اذا انتهت عدتها قبل مضي اربعة اشهر من حين الطلاق ،وهو ما ذهب اليه الامام مالك .

المبحث الثالث

الظهار

الظهار هو قول الرجل لامرأته : انت علي كظهر امي وقد ظاهر من امرأته وتظهر منها وظهر منها تظهيرا (1) . وانما خص الظهر بذلك دونما سائر الاعضاء لانه محل الركوب غالبا ، ولذلك سمي المركوب ظهرا ، فشبهت الزوجة بذلك لانها مركوب الرجل فلو اضاف لغير الظهر كالبطن مثلا كان ظهارا على الاظهر عند الشافعية . والخلاف وارد في قولهم كظهر اختي مثلا ، قيل يكون ظهارا وهو قول الجمهور والشافعي في الجديد ، وعن الشافعي في القديم لا يكون ظهارا لان النص اختص الام ، وكذلك الاثر في حديث خوله بنت ثعلبة (2) .

دليل الظهار :

ورد دليل الظهار في قوله تعالى : " قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير ،

---

(1) راجع مختار الصحاح ص 406 المرجع السابق . فتح الباري ج 9 ص 356 .

(2) فتح الباري ، ج 9 ، ص 356 ، المرجع السابق =

الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم وانهم لا يقولون منكرا من القول وزورا وان الله لغفور رحيم . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم (1) " .

وذهب علماء التفسير الى ان الاية نزلت في خولة بنت مالك ابن ثعلبة حين ظاهر منها زوجها اوس بن الصامت فجادلت الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت : " اكل شبابي وفرشت له بطني فلما كبر سني ظاهر مني ولي صبية صغار ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا ، وهو عليه الصلاة والسلام يقول لها اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى هبط

= ولان الوطء مركوب والمركوب غالبا انما يكون على الظهر . راجع بلغة السالك ج 1 ، ص 483 . باب الظهار . نيل الاوطار جـ 7 ، ص 52 .

(1) سورة المجادلة الآيات : من 1 الى 4 .

الوحي بالنص المذكور[1] ، فاحظر زوجها وامره بالكفارة على ما هو مبسوط في كتب التفسير والفقه[2] .

حكم الظهار:

اذا ظاهر رجل من زوجته صارت كالاجنبية لا تحرم عليه على التابيد كما يرى الامام مالك[3] . و تجب عليه الكفارة عند العود كما يرى الجمهور[4] .

و دليل وجوب تعلق الكفارة بالعود ان الظهار يشبه الكفارة في اليمين ،فكما ان الكفارة تلزم بالمخالفة او بارادة المخالفة كذلك الامر في الظهار وهذا ثابت بطريق القياس وهو ماستدل به الجمهور، ويرى الامام مالك في الرواية الصحيحة المشهورة ان العود هو ان يعزم على وطئها فقط[5]

---

(1) سورة المجادلة الآيات من 1 الى 4

(2) راجع ابن كثير ج 4 ص 319 . بلغة السالك ، ج 1 ، ص 433 . بداية المجتهد ، ج 2 ص 104 ط 6 دار المعرفة بيروت . نيل الاوطار ج 7 ، ص 52 / 53 .

(3) بداية المجتهد لابن رشد ، ج 2 ، ص، 105 . المرجع السابق .

(4) المرجع السابق .

(5) بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 106 ، المرجع السابق .

لقوله تعالى : " من قبل ان يتماسا " والاتفاق وارد على لزوم الظهار من الزوجة ، والخطاب عام ، وورد في سبب خاص ، والواقعة المشار اليها

وذهب الجمهور الى ان مقدمات الوطء تحرم كما يحرم الوطء لقوله تعالى : " من قبل ان يتماسا " . والمسيس يسبق على الوطء ومقدماته(1) . وذهب مالك الى انه يحرم عليه الجماع وجميع انواع الاستمتاع ، مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر باللذة ماعدا وجهها وكفيها من سائر بدنها ومحاسنها(2) .

وقد ورد في النص على التتابع في الكفارة اما :

- تحرير رقبة .
- او صيام شهرين متتابعين .

فان لم يستطع فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وعندما قالت خولة بنت ثعلبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ماذا عنده يا رسول الله ، حيث لم يكن عند زوجها الرقبة وشيخوخته تحول دون صيامه شهرين متتابعين كما انه ليس عنده وسق من تمر قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : فانا سنعينه بفرق من تمر وقالت هي :

---

(1) نيل الاوطار ج 7 ، ص 54 المرجع السابق .
(2) بداية المجتهد ج 2 ، ص 109 . المرجع السابق

يا رسول الله وانا ساعيته بفرق اخر فقال : " قد اصبت واحسنت فاذهبي وتصدقي به عنه ثم استوصي بابن عمك خيرا " ففعلت[1] . وهذه سمة من سمات شريعة رسول الاسلام السمحاء .

(1) ابن كثير ج 4 ص 320 . تفسير .

الباب الثاني

الباب الثاني

فرق الفسخ

تمهيد :

يكون الفسخ وجبيا بحكم القاضي كاختلاف الدين وفقد الزوج لان حكم القاضي بالفسخ تنحل به عقد النكاح ولا تحسب الفرقة من عدد الطلقات . وبعد الفرق يلزم فيها الفسخ الوجوبي واهمها حالة وجود الزوجة تحت زوج غير مسلم او فقد زوجها عدها في غيبة طويلة .

و يختلف الفسخ عن الطلاق ، لذلك ينقسم الباب الى ثلاثة فصول :

الاول : في الفرق بين الطلاق و الفسخ

الثاني : في الفسخ القضائي .

الثالث : في الفسخ بسبب اللعان .

الفصل الاول

الفرق بين الطلاق والفسخ

يفترق الطلاق عن الفسخ في المسائل التالية :

1 ـ ان الطلاق انهاء لعقد الزواج في الحال او في المآل لان حق الزوج في الطلاق ثبت بنصوص قطعية الثبوت والدلالة ، وهي نصوص محكمة لا مدخل فيها لتأويل او تفسير ، ويقع الطلاق المشروع في الاصل من الزوج ولا يقدح فيه انه لم يصدر من القاضي ، خصوصا اذا ما اشهد عليه رجلين وقد يقع الطلاق بحكم القاضي على اختلاف فقهاء الشريعة في بعض صوره لانه شرع لرفع الضرر وذلك تطبيقا لحديثه صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " والقاضي ولي لمن لا ولي له .

2 ـ اما الفسخ فهو نقض للعقد ورفع له اما من اساسه واوله واعتباره كان لم يكن ، كالفسخ بخيار البلوغ او الافاقة ، واما من وقت طروء سببه كالفسخ بردة احد الزوجين(1) .

---

(1) علي حسب الله ، الفرق بين الزوجين ، ص 133 ـ 134 . مصطفى شلبي ، احكام الاسرة في الاسلام ص 463 / 464 .

ويترتب على هذا التفريق ما يلي :

ا — في الفرقة التي هي طلاق تحسب الطلقة من عدد ما يملكه الزوج من تطليقات فلو عادت اليه بعده اي بعد هذه الطلقة عادت اليه بما بقي له من الطلقات ، اما الفرقة التي هي فسخ ، فهي نقض لعقد الزواج من اصله ولا تحسب من عدد الطلقات .

ب — اذا طلقت الزوجة طلاق غير مكمل للثلاث ، فيجوز ان يلحقه الطلاق قبل خروجها من العدة لان العقد باق بعده ، اما الفسخ فلا يلحقه طلاق في العدة لان الفسخ — كما سبق القول — نقض العقد من اصله ، فلا محل للعدد بفسخه ، باستثناء حالة الفرقة بسبب ردة الزوجة او ابيائها الاسلام فيقع عليها الطلاق في العدة عقوبة وزجرا لها (1) .

ج — لا تنحل الرابطة الزوجية في الفرقة الواقعة من طلاق رجعي الا بانتهاء العدة ، اما الفرقة الواقعة من طلاق بائن او فسخ فتنحل بها الرابطة الزوجية في الحال .

---

(1) علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص 2 .

د ـ اذا وقعت الفرقة قبل الدخول و الخلوة الصحيحة ، وجبت بها المتعة ، اما اذا وقع الفسخ قبلها فلا يجب للمرأة معه شيئا ، و استثنى الشيخان ردة الزوج ، فانها فسخ ويجب للمرأة معها نصف المسمى او المتعة .(1)

بعد توضيح الفرق بين الطلاق والفسخ ، يتعين التعرض لهذا الاخير ، ثم تناول الفرق بين الطلاق والفسخ عند المالكية كل في مبحث .

(1) علي حسب الله ، الفرق بين الزوجين ، ص 183 و 184 . مصطفى شلبي ، احكام الاسرة في الاسلام ص 463 ـ 464 .

المبحث الاول

الفسخ

الفسخ النقض وبابه قطع ، يقال فسخ البيع والعزم فانفسخ اي نقضه فانتقض وتفسخت الفارة في الماء تقطعت .

ولا يخرج الاصطلاح الشرعي عن هذا المعنى اللغوي وهو النقض ، لان المراد بالفسخ هنا هو نقض عقد الزواج وازالة مايترتب عليه من الاحكام في الحال .

ويقع الفسخ باتفاق الزوجين احيانا او عند عدم لزوم العقد من الاصل كما هو الحال في خيار الولي عندما تزوج المراة نفسها لغير كفء .

وقد يقع الفسخ بسبب عارض ، يحول دون سريان عقد النكاح كان يطراء على العقد ردة الزوج المسلم ، او تابى الزوجة غير الكتابية الاسلام .

ويقع من ناحية ثانية بسبب خلل في العقد كالرضاع المحرم بين الزوجين او بسبب طارئ يحول دون بقاء العقد واستمراره كاباء الزوج الاسلام بعد اسلام زوجته ، او ردة احد الزوجين ، او تمكين الزوجة احد اصول زوجها او فروعه منها ، او ارتكاب الزوج مع احد اصولها او فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة . اوبسبب مقارن للعقد يمنع لزومه كجنون الزوجة عند العقد عليها فيثبت لها خيار الفسخ عند الافاقة .

و تقع الفرقة عن طريق الفسخ في العقد الصحيح و الفاسد و لا تنقص من عدد الطلقات ، بينما تقع فرقة الطلاق في عقد صحيح ، وتنقص من عدد الطلقات ، والفسخ قبل الدخول و الخلوة و الذي يتصل امره بانشاء العقد كالفسخ لخيار البلوغ او الافاقة او نقصان المهر عن مهر المثل ، فلا يلزم شيء من المهر ، لان ذلك نقض للعقد من اصله . اما اذا تاكد المهر بشيء مما يؤكده فانه يجب .(1)

(1) راجع علي الخفيف ، ص 8 / و 314 . الشيخ سلامة مذكور ، الوجيز لاحكام الاسرة في الاسلام ص 320 / 321 .

المبحث الثاني

فرق الطلاق و الفسخ
عند المالكية

عند المالكية الفرق التي تعتبر طلاقا و الفرق التي تعتبر فسخا (1) .

أولا : الف فرق الطلاق .

1 ـ تطليق الزوج .

2 ـ مخالعة الزوج لزوجته او تطليقه اياها على مال .

3 ـ التطليق بسبب العيب في احد الزوجين ، طلاق بائن .

4 ـ التفريق لعدم الانفاق للاعسار ، و هو طلاق رجعي .

5 ـ التفريق بسبب الضرر ، طلاق بائن .

6 ـ التفريق بسبب الايلاء ، طلاق رجعي ، ويلازم ابن حزم في ذلك (2) .

7 ـ التفريق بسبب غيبة الزوج و تضرر الزوجة من هذه الغيبة ، و هو كذلك في مذهب احمد اي يعتبر طلاق .

8 ـ التفريق بسبب اعسار في المهر ، و هو طلاق بائن .

10 ـ التفريق بسبب ردة احد الزوجين ، وهو طلاق بائن خلافا لابن الماجشون ، و المخزومي فهي فسخ عندهما .

(1) راجع بداية المجتهد ج 2 ، ص 276 .

(2) بداية المجتهد المرجع السابق نفس الصفحة .

ثانيا : فرق الفسخ .

1 ــ التفريق بسبب اللعان لما يترتب عليه من حرمة .

2ــ التفريق بسبب طروء مفسد على النكاح اذا يترتب عليه حرمة مؤبدة .

3 ــ التفريق بسبب فساد النكاح عند نشأته .

4 ــ التفريق بسبب اباء احد الزوجين الاسلام لانها فرقة ليست من نكاح صحيح شرعا عندهم .

موقف القانون :

لم يرد في قانون الاسرة كل حالات الفسخ والطلاق التي تناولها فقهاء الشريعة بل عدد المشرع بعض الحالات واحال فيما لم يرد بشأنها نص الى الشريعة الاسلامية(1) ودون ان يلزم القاضي ان يتبع مذهب معين كما هو ظاهر النص بل احال الى قواعد الشريعة الاسلامية ، ومن ثمة يتعين تطبيق المذهب المالكي على الخصوص .

---

(1) المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري : (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية .

الفصل الثاني

الفسخ القضائي

يكون الفسخ قضائيا لعدة اسباب تكون اما راجعة الى فقد الزوج او لخيار النكاح عند اشتراط السلامة من العيوب ، او لفساد العقد ، او اسلام احد الزوجين او ردة احدهما . وعلى ذلك نقسم الفصل الى المباحث التالية :

— المبحث الاول : الفرقة بسبب الاسلام .

— المبحث الثاني : الفرقة بسبب فقد الزوج .

— المبحث الثالث : الفرقة بسبب خيار النكاح عند اشتراط السلامة من العيوب .

— المبحث الرابع : الفرقة بسبب تبين فساد العقد .

— المبحث الخامس : الفرقة بسبب ردة احد الزوجين .

المبحث الاول

الفرقة بسبب الاسلام

اذا اسلم الزوج وبقيت زوجته على غير دين الاسلام ، فان كان بين الزوجين سبب من اسباب التحريم ، فالاتفاق وارد بين الائمة على وقوع الفرقة بينهما في الحال بناء على هذا السبب .

واذا انتفى بينهما سبب من اسباب التحريم بان كانت الزوجة كتابية استمر عقد الزواج لعدم وجود ما ينافيه ، ترغيبا للزوجة في دخول الاسلام باتفاق المذاهب الاربعة والشيعة الجعفرية .

ووجه ذلك عندهم ان الصحابة كان في عصمتهم زوجات كتابيات ثم اسلمن ، وان عثمان بن عفان رضي الله عنه تزوج نائلة بنت الفرافصة ثم اسلمت .

وان كانت الزوجة غير كتابية فيعرض عليها الاسلام ، فان اسلمت او اعتنقت دينا سماويا بان تهودت او تنصرت بقي النكاح بينهما ، اما ان ابت اعتناق دين سماوي واستمرت على وثنيتها فرق بينهما القاضي في الحال .

و الفرقة فسخ باتفاق الجميع (1) .

موقف المالكية :

يفرق المذهب المالكي بين الزوجة الكتابية و غير الكتابية ، فبالنسبة للزوجة الكتابية ، يرون بقاء النكاح باسلام الزوج — كما سبق القول — ترغيبا لها على دخولها في دين الاسلام ، و ذلك اذا لم يكن بينهما سببا من اسباب التحريم ، وان كانت الزوجة غير كتابية و كان اسلامه قبل الدخول بها فرق بينهما في الحال بموجب النص القرآني الآمر : " و لا تمسكوا بعصم الكوافر (2) " و ان كان اسلامه بعد الدخول عرض على زوجته الاسلام ان كانت حاضرة فان اسلمت و الا فرق بينهما و لا ينتظر حضورها ان كانت غائبة بل تعجل الفرقة بينهما .

و ان كانت هي التي اسلمت قبله يحال بينهما و وقفت على انقضاء العدة ، فان اسلم بقي النكاح و ان مضت العدة دون ان يسلم

(1) راجع المغني جـ 7 ، ص 565 و مابعدها . نهاية المحتاج ، جـ 6 ص 288 و ما بعدها . البدائع جـ 2 ص 337 و الشرح الكبير للدردير و الدسوقي عليه ، جـ 2 ، ص 267 المرجع السابق ، على الخفيف

(2) سورة الممتحنة ، الآية 10 .

الاخر فرق بينهما (1) .

فالذي عليه مذهب مالك انه اذا اسلم احد الزوجين ولم يسلم الاخر يفسخ النكاح فيما عدا الزوجة الكتابية التي يسلم زوجها وتظل على يهودية او نصرانيتها فيظل النكاح باقيا ترغيبا لها في دخول الاسلام ، والفرقة عند المالكية فسخ لا طلاق، (2) ونرى ان ياخذ المشرع بمذهب مالك في هذا الخصوص .

---

(1) راجع المغني لابن قدامى ، جـ 7 ، ص 566 المرجع السابق .

(2) راجع الشرح الكبير ، جـ 2 ، ص 268 المرجع السابق . نيل الاوطار للشوكاني جـ 6 ص 306 ـ 307 المرجع السابق . البدائع ، جـ 2 ص 338 المرجع السابق (باب ما يرفع به النكاح .)

المبحث الثاني

الفرقـــة لفـقـد الزوج

المفقود شخص غاب عن بلده وانقطع خبره ولا يعرف اهو حي أم ميت ؟ (1) ويخرج الاسير الذي لم ينقطع خبره والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه ، فبالجد قد يصلون الى المراد وربما يتاخر اللقاء الى يوم التنادي واقسام المفقود خمسي:

ـ مفقود في بلاد الاسلام في غير زمن الوباء او فيه .
ـ مفقود في مقاتلة بين اهل الاسلام .
ـ مفقود في ارض الشرك .
ـ ومفقود في مقاتلة بين المسلمين والكفار . (2)

واذا ما حكم القاضي باعتباره ميتا حكما فتعتد زوجته

---

(1) راجع البدائع ،ج 6 ، ص 196 . بلغة السالك ،ج 1 ، ص 204 . الشرح الكبير ، ج 2 ص 479 .

(2) الشرح الكبير للدردير ، ج 2 ، ص 479 . بلغة السالك ج 1 ، ص 204 ، المرجع السابق

فالضابط في المذهب هو ضرر الزوجة .

ولقد سوى قانون الاسرة في المادة 112 بين زوجة المفقود وزوجة الغائب واعتبر الغيبة لمدة سنة بدون عذر — قياسا على المذهبين المالكي والحنبلي — سببا للتفريق اذا تضررت الزوجة من هذه الغيبة يستوي ان يكون غائبا او مفقودا[1].

ولقد ذهب الاحناف الى ان المفقود لا يفرق بينه وبين امراته حتى ياتيها البيان[2]، بينما يرى ابن حزم عدم فسخ النكاح حتى ياتيها خبر موته او تموت هي، وهذا من المشقة، ووقوع للزوجة في الحرج؛ ولقد فرق الحنابلة بين من غاب وانقطع خبره في غيبة ظاهرها السلامة كطلب العلم او التجارة، فذهبوا الى عدم زوال الزوجية في هذه الحال حتى يثبت موته لانه فقد في غير مهلكة وبين من يخرج للصلاة فلا يرجع او يركب البحر فتغرق به المركبة، فهذه غيبة ظاهرها الهلاك

(1) مادة 112 من قانون الاسرة : ((لزوجة المفقود او الغائب ان تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون .))
وتنص الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الاسرة على : (الغيبة بعد مضي سنة بلا عذر ولا نفقة).

(2) البدائع للكساني ، ج 6 ، ص 196 المرجع السابق .

فالمشهور في المذهب ان تتربص زوجته اربع سنين و هي اكثر مدة الحمل ثم تعتد بمدة عدة الوفاة و تتزوج ، و هو ما اخذ به المالكية في احتساب العدة اذا لم تكن بعد سبب مهلك ، اما اذا كان الفقد بعد سبب مهلك فتقع الفرقة عقب السبب المؤلم مباشرة .

و اذا كان المشرع الجزائري في قانون الاسرة قد قاس الفقد على الغيبة بدون عذر ، تاسيسا على تضررها نتيجة للهجر خاصة اذا كانت في مقتبل العمر و تخشى على نفسها الفتنة ، فان طلب الزوجة التفريق لفقد الزوج في غير الاحوال الاستثنائية و الحروب هو امر تقتضيه مصلحة الاسرة ، وهذه الفرقة فسخا وليست طلاقا ، لان تاسيس طلب الزوجة بالتفريق على اعتبار الزوج ميتا ، و اذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته ، وكان قد عقد عليها اخر فعند مالك تعود الى زوجها اذا لم يكن الاول قد دخل بها وينفسخ عقد الثاني .

و في جميع الحالات يشترط للحكم بموت المفقود ان يتحرى القاضي عن المفقود بجميع الطرق الممكنة لمعرفة ما اذا كان حيا ام ميتا و هو الدليل الذي يسبب به الحكم .

وتعرض التقنين لحالة المفقود في الحالات الاستثنائية والعمليات الحربية ، فاناط الامر للسلطة المختصة باصدار قرار باعتباره ميتا بعد مضي مدة الاربع سنوات التي اشار اليها التقنين ويكون هذا القرار بالنسبة للعسكريين ومن فقدوا في ظروف واحوال استثنائية مقام صدور حكم القاضي في غير هذه الاحوال ، اما اذا كان الفقد في حالات تغلب عليها السلامة فالامر متروك لسلطة القاضي التقديرية في تقدير المدة المناسبة بعد مضي اربع سنوات (1) .

واذا صدر الحكم تعتد زوجته ويقتسم ورثته الموجودين وقت الحكم بموته ماله ولا يرث وارث مات قبل تمام المدة او بعدها وقبل الحكم بموته لانه حين مات كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة (2) .

---

(1) المادة 113 من قانون الاسرة .

(2) محكمة شبين القناطر بمصر ق 202/30 في 1931/1/29 .

المبحث الثالث

خيار النكاح عند اشتراط السلامة من العيوب

من الشروط التي يشترطها احد الزوجين سلامة صاحبه من العيوب بحيث يكون له خيار الرد اذا لم يتحقق الشرط او الصفة التي اشترطها في عقد الزواج ، وهذا الخيار محل نزاع بين فقهاء الشريعة .

ذهب الاحناف الى القول بانه : لا يترتب على هذا الشرط اثر ، لان عقد الزواج عندهم عقد لازم ولا مدخل فيه للخيار (1) ومع ذلك اذا كان سمي لها اكثر من مهر مثلها بسبب شرط جوهري اشترطه عليها ، كان تكون سليمة من العيوب ، او تحترف حرفة معينة ، او تكون ذات مؤهل معين ، فاذا تحقق الوصف الذي اشترطه عليها ، استحقت المهر المسمى جميعه لانه ما رضي بالزيادة عن مهر المثل الا مقابل تحقق ماشترطه واذا تخلف الشرط نقص المهر المسمى الى مهر مثلي لتخلف الرضا المسمى لعدم تحقق الشرط .

---

(1) راجع علي الخفيف ، ص 285 المرجع السابق .

اما اذا كانت المراة هي التي اشترطت حرفة معينة أو مؤهلا معينا وقد رضيت بمهر مسمى اقل من مهر المثل ، فاذا تحقق مااشترطته وجب لها المهر المسمى و اذا تخلف الشرط استحقت مهر المثل .

غير انه اذا اشترط احدهما شرطا فيه منفعة له ولم يقابلها زيادة او نقص في مهر المثل فلا اثر لهذا الشرط في المذهب الحنفي ولا يترتب على تخلفه حكم .

اما المالكية و الشافعية فقد ذهبوا الى الاعتداد بالشرط .
ويرى المالكية انه اذا اشترط في العقد سلامة صاحبه من العيوب او من كل عيب فيعتد بهذا الشرط طبقا لما جرى عليه العرف ، باعتباره عيبا لا على ما يراه هو عيبا ، كالقرع و العمي و الشلل و نحوه ، ويحمل الشرط و لمن تبين عدم تحقق الشرط بصاحبه الخيار بين الرضا بحاله و الرد(1) .

و الخلاصة عند فقهاء المالكية في الوصف الذي يصفه الولي ، بانها سليمة من العيوب جميعا او من عيب محدد ، ووصف غيره لها في حضرته

---

(1) راجع الشرح الكبير للدردير و الدسوقي عليه جـ 2 ، ص 280 المرجع السابق ، علي الخفيف ، ص 235 المرجع السابق .

اذا سكت عن ذلك ، فاختلفت الروايات في المذهب حول خيار الرد

وتحرير الخلاف كما يراه ابن رشد انه تجدر التفرقة بين صدور الوصف بدون سؤال من الزوج ففي هذه الحالة يمتنع الخيار عند فوات الوصف ، وبين صدور الوصف بعد سؤال الزوج فيعتد بالشرط و يكون للزوج الخيار اذا فات الوصف(1) .

والعبرة بان يغرر احدهما صاحبه بوصفه نفسه والحقيقة خلاف الوصف فلو اعلمته انها مسلمة فيظهر بعد ذلك انها كتابية ، او اعلمها هو بانه نصراني فيتضح انه مسلم فهو وصف غرر به احدهما صاحبه ، فاذا اختار صاحب الشرط الرد كانت الفرقة طلاقا بائنا .

وفي المذهب الشافعي انه : اذا شرط احدهما في عقد الزواج شرطا في صاحبه ، كشرط النسب او صفة البكارة والسلامة من العيوب ثم اتضح له ان صاحبه على خلاف الشرط ، فقد اختلفت الرواية في المذهب :

– قيل العقد صحيح ولا يترتب على الشرط اثر اذا ظهر ان صاحبه افضل مما شرط او مثل ما شرط فيه ، وهو الصحيح في المذهب .

(1) راجع بداية المجتهد ، باب الخيار في النكاح المرجع السابق .

وقيل : العقد باطل في هذه الحالة ، اما اذا تبين ان الصفة دون الشرط ، كان لصاحب الشرط خيار الفسخ ، واذا اختار الفسخ هل يتوقف ذلك على حكم الحاكم ام لا ؟

اختلفت الرواية في المذهب الشافعي ، قيل : يتوقف ذلك على حكم الحاكم وقيل : يتم الفسخ دون توقف على ذلك .

ويرى فقهاء المذهب ان الزوج وقد ملك بيديه الطلاق فلا يثبت له خيار الشرط باستغنائه عن هذا الخيار بالطلاق . ولكن اذا كانت الزوجة هي المشترطة يثبت لها حق الخيار (1) .

اما الحنابلة فقد اعمل الامام احمد الشرط جريا على قواعد فقه اهل المدينة ، لكن في المذهب اذا بان لها في زوجها خلاف الصفة التي اشترطتها فيه ، كان تشترط نسبا خاصا ثم يتبين لها خلاف هذه الصفة على وضع تتخلف عنه الكفاءة ، فلها الخيار .
وضابط الخيار ان يكون تخلف الوصف يذهب بشرط من شروط النكاح .

---

(1) راجع نهاية المحتاج للرملي جـ 6 ، ص 210 وما بعدها . علي الخفيف ص 236 — 237 المرجع السابق

ولا خيار عندهم في اشتراط ترك الوطء ، او عدم الانفاق او نفي المهر ، اما اشتراط البكارة والجمال والنسب والسلامة من العيوب التي لا يفسخ بها النكاح فاختلفت الروايات في المذهب :

قيل : لا يثبت ذلك خيار الفسخ .

وقيل ان ما يثبت عند تخلف شرط النسب خاصة .

وقيل : لا يترتب على ذلك شيئا .

ويرى ابن القيم في زاد المعاد بطلان اشتراط طلاق الضرة وانه لا يجب الوفاء به عملا بحديثه صلى الله عليه وسلم : "لا تسال المرأة طلاق اختها ، لتستفرغ ما في صفحتها وفان لها ما قدر لها "

والنهي وارد عن اشتراط المراة طلاق عن اختها ، فالوفاء بالشروط التي يتضمنها عقد الزواج واجب عند ابن القيم اذا لم يتضمن تغييرا لحكم الله ورسوله .(1)

---

(1) راجع زاد المعاد لابن القيم ، ج 4 ، ص 7/8 والمحرر من كتب الحنابلة ج 2 ص 24 ، وعلي الخفيف ، ص 236 المرجع السابق .

الاثر المترتب على الرد :

اذا اختار من اشترط رد النكاح قبل الدخول وحصل الفسخ ، فلا مهر على الزوج عند المالكية والشافعية والحنابلة . اما اذا تم الفسخ بعد الدخول فالواجب عند الشافعية مهر المثل اذا كان العيب مقارن للعقد او حدث بعده

وقبل ان يدخل بها وجهله الزوج . والواجب المسمى ان حدث العيب بعد الدخول .

وفرق المالكية بين الرد بناء على عيب يترتب عليه الخيار بالشرط وبين الرد بناء على عيب يترتب عليه الخيار بلا شرط .

ففي الحالة الاولى : اذا عرف العيب عندهم بعد البناء وكان به او بها رد الزوج السليم من العيب الزواج بسببه ، فاذا كان الرد منها فيجب لها ما سماه لها بشرط ان يتصور الوطء من الزوج [1] ، الا اذا كان لا يتصور منه وطء كالمجبوب و يسقط عنه المهر اذا كان الرد منه

---

(1) راجع الشرح الكبير للدردير ، جـ 2 ، ص 280 .

بسبب عيب فيها ، ويترتب عليه الخيار دون التفات للشرط ، ويرجع به على وليها اذا كان هذا الولي قد غره بحيث كان عارفا العيب ولم يخبر به ، ويغرمه الولي اذا كانت المرأة قد تخلفت عن حضور مجلس العقد وقت الانعقاد .

اما اذا كانت بناء على اشتراط السلامة من العيوب فلها صداق مثلها فقط و يرجع ما زاد عليها ان كان قد دفعه اليها (1) .

اما الحنابلة فقد الى القول بانه اذا اختار الزوج الرد فيجب لها ما سماه لها ، و قيل : يجب لها مهر مثلها اذا كان الفسخ من جانبه بسبب تخلف الشرط الذي اشترطه في العقد او بسبب عيب و هورواية عن احمد .

وقيل في المذهب يجب ان يحط من المسمى الواجب بنسبة نقص من مهر مثلها حال العيب عن مهر مثلها سليمة اذا كان الفسخ بسبب بحيث اذا كان مهر مثلها حال العيب ثلاثة ارباع مهر مثلها سليمة نقص من المسمى ربعه ، ووجب الباقي على الزوج (2) .

---

(1) راجع نهاية المحتاج جـ 2 ، ص 11 وما بعدها .
(2) المحرر جـ 2 ص 24 .

موقف القانون و القضاء :

أ ـ القانون : نصت المادة 35 من قانون الاسرة الجزائري على انه :

اذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا "

ولقد سلك القانون في ذلك مسلك مذهب احمد حيث قال في الشرط الذي ورد عليه نهي الشارع او نقض مقتضى العقد الذي ورد به نص الشارع وعنده كل شرط صحيح لا زم الا اذا كان هناك نص يثبت البطلان لا ن الاصل عند احمد ـ الصحة حتى يقوم الدليل من نص قرآني يثبت البطلان خلافا للجمهور فالاصل عندهم عدم الالزام بالشرط حتى يقوم الدليل الشرعي من نص او قياس او عرف يثبت الالزام ، ومن هنا ظهر الخلاف حول الشرط الذي ليس له دليل خاص يثبت الصحة او ينفيها ، فعند احمد هي صحيحة و عند الجمهور تعتبر ملغاة[1] :

ب ـ القضاء :

فقد حكم بانه : " متى الثابت من الحكم المطعون فيه ان الطاعن تمسك في دفاعه بان المطعون عليها لم تكن بكرا بسبب لا يرجع الى فعله واستدل على ذلك في اقرار . . . بان اخر ازال بكارتها وكان الحكم المطعون

(1) راجع الامام ابو زهرة ، الاحوال الشخصية ص 133 .

فيه قد اكتفى ردا على هذا الدفاع بان الطاعن لم يثبت ان بكارة المطعون عليها ازيلت بسبب سوء سلوكها ، رغم احالة الدعوى الى التحقيق دون ان يتحدث الحكم بشيء عن الاقرار السالف الذكر مع ما قد يكون لهذا المستند من دلالة في هذا الخصوص فانه يكون قد اعتراه قصور يبطله[1] ؛

واضح ان الحكم يدور حول خيار الرد .

وحكم بان ازالة البكرة بسبب سوء سلوك يعتبر غشا في بكارة الزوجة يجيز ابطال الزواج ، على اساس انه غلط في صفة جوهرية يعيب الارادة وهو يتوافر بمجرد ادعاء الزوجة انها بكر على خلاف الحقيقة ، ثم يتبين فيما بعد انها لم تكن بكرا ولم يعلم الزوج بذلك من قبل على ان يثبت هو ان بكارتها قد ازيلت نتيجة سوء سلوكها[2] .

---

(1) راجع نقض مصري ، طعن رقم 9 لسنة 39ق بتاريخ 3/5/1972 . مجموعة احكام النقض .

(2) المرجع السابق نفسه .

المبحث الرابع

الفرقة بسبب تبين فساد العقد

يتبين فساد العقد في الزواج الفاسد او الذي اختل فيه شرط من شروط الصحة ، بعد انعقاده و من صور هذا الفساد في العقود :

ـ تخلف الشهود عند انعقاده ، وذلك عند اشتراط الشهادة .

ـ نكاح اخت المطلقة بائنا في عدتها لانه مختلف في حرمته .

ـ ان يعقد عليها و يتبين انها اخته .

ـ ان يعقد عليها و هي في عدة الغير .

ـ ان يعقد عليها و هي محرمة عليه بسبب الرضاع و لا يعلم بهذه الحرمة استنادا على اخبار الناس بعدم وجود صلة المحرمية بينهما ثم ظهر بعد الدخول انها محرمة .

ـ ان يعقد النكاح على سبيل التاقيت، ويسمى النكاح الموقت .

و حكم هذا النكاح انه لا يحل به الدخول و لا يترتب عليه في ذاته اثر من اثار الزوجية ، و لو حصل بعد هذا العقد دخول حقيقي كان ذلك معصية يجب رفعها بالتفريق بينهما جبرا ان لم يفترقا اختيارا

اما اذا حصل دخول فيترتب عليه الاثار التالية :

1 — سقوط الحد عليهما بالاتفاق ، لوجود شبهة تدرأ الحد عنهما طبقا للقاعدة الفقهية (ادرؤا الحدود بالشبهات) .

2 — وجوب مهر المثل ، بالغا ما بلغ على الرجل ان لم يكن قد سمى لها المهر ، اما اذا كان قد سمى لها المهر فيجب عليه الاقل من المسمى ومهر المثل وقيل : يجب لها مهر المثل في الحالتين لفساد التسمية بفساد العقد (1) .

3 — وتجب العدة من وقت افتراقهما او من وقت تفريق القاضي لهما اذا لم يفترقا اختيارا ، وهي عدة طلاق تحتسب بالاقراء او الاشهر اذا كانت حائلا ، حتى ولو وقعت الفرقة بهلاك الرجل ، لان عدة الوفاة لا تكون الا في زواج صحيح ولا نفقة لها في العدة .

4 — ويثبت بهذا النكاح الفاسد نسب الولد محافظة عليه من الضياع ، كما يثبت بالدخول في هذا النكاح حرمة المصاهرة .

ولم يتعرض قانون الاسرة الجزائري للتفصيلات في النكاح الفاسد غير انه اقتصر فسخ النكاح قبل الدخول اذا عقد عليها بدون ولي او شاهدين او صداق ، استنادا للحديث : " لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل "

(1) راجع الشيخ محمد ابو زهرة الاحوال الشخصية ، ص 167 . محمد شلبي ص 323 المرجع السابق .

غير انه اعتبر العقد صحيحا بالدخول اذا اختل ركن واحد و باطلا اذا اختل اكثر من ركن(1) . والملاحظ على النص مايلي :

— انه اذا عقد عليها غير الكفء ودون حضور وليها فيصير العقد صحيحا تاسيسا على قول ابي حنيفة : للبالغة العاقلة ان تعقد دون اذن وليها وله حق الفسخ اذا كان الزوج غير كفء ، مالم يظهر عليها الحمل او تلد

و يرى الامام مالك ان شرط الكفاءة شرط لزوم ولصاحب الحق طلب فسخ العقد بدليل ان المرأة التي رفعت امرها للنبي صلى الله عليه وسلم فقالت : ان ابلها زوجها بغير كفء ، فخيرها صلى الله عليه وسلم ولم يبطل نكاحها . والكفاءة عند مالك في الدين ، فلا تزوج عفيفة بفاجر(2) .

واذا تخلفت الكفاءة ، فيصير العقد صحيح غير لازم .

— اما اذا تخلف حضور الشهود او عقد عليها في عدة الغيرأوتبين انها اخته

---

(1) راجع المادتين 32 و 33 من قانون الاسرة الجزائري .

(2) راجع علي الخفيف ، ص 23 وما بعدها ، المرجع السابق .

وقع العقد فاسدا ، و انفسخ بذلك في الحال دون حاجة الى قضاء القاضي فان لم يفترقا اختيارا فرق بينهما القاضي ، ولاي فرد من المسلمين ان يرفع الامر الى القاضي لطلب التفريق ، لانها دعوى حسبة ، ر

و اذا كان الحنفيين قد ذهب الى اعتبار الصداق ركن في العقد فان الفرقة للغبن في المهر محل خلاف ، لانه اذا كان عدم الغبن في المهر شرط صحة عند الامام و صاحبيه ، بحيث اذا زوج الولي فاقدة الاهلية باقل من مهر مثلها كان الزواج فاسدا ، و لا يتوقف التطليق بين الزوجين على قضاء القاضي ، اما اذا زوجت البالغة العاقلة نفسها بمهر اقل من مهر مثلها لزم العقد ، لصحته ورضاها بذلك المهر ، و لا يلزم وليها العاصب و له طلب فسخه قضاء ، ما لم يظهر بها الحمل او تلد (1) .

و هذا خلافا للمالكية لان الولاية عندهم ولاية اجبار ، و لا باس ان يزوج الولي ابنته باقل من مهر المثل لرضاه بذلك و نص ان القانون

(1) ابو زهرة ، ص 123 ، و ما بعدها ، المرجع السابق .

قد اعتبر المهر قبل الدخول وفقا للاحناف ولا اعتبار به بعد الدخول على مذهب المالكية ، وهو توفيق بين المذهبين مراعاة للاوضاع الاجتماعية

اما في العقد الفاسد بتخلف الولي فقد ساير القانون في ذلك مذهب المالكية ، لكنه اعتبر الدخول مصححا للعقد ولم يعط الولي/ طلب حق الفسخ على خلاف ما يراه الاحناف ، قاصدا بذلك استقرار الاوضاع الاجتماعية بكل معاييرها الحالية .

بيد ان التقنين في حالة تخلف الشهود ، قد اعتبر الدخول مصححا للعقد وامام عبارة النص ، فيلزم المشرع ان يجبرهم باعلان الزواج لان الاعلان وحده كاف لانشاء العقد من غير حاجة مطلقا الى تعيين الشهادة حدا موسوما للاعلان ، ومن غير اشتراطها لترتيب الاثار ، لان القصد هو الاعلان وهو فرق بين النكاح والسفاح وهو قول مالك رضي الله عنه رقول عن احمد خلافا للرواية المشهورة عنه بان الشهادة شرط لحل الدخول ، اي انها شرط لترتيب الاثار وليس شرطا للانعقاد ، والشهادة وحدها لا تكفي للاعلان ، وان الشاهدين اذا تواصيا بالكتمان لا ينشأ العقد بل لابد من توافر الاعلان بالانعقاد .(1)

(1) ابو زهرة ، ص 58 ، المرجع السابق .

و اذا كانت الشهادة شرطا لصحة الزواج و هي وجودها الاعلان — في قول ابي حنيفة ، ولو تواصا الشاهدان بالكتمان ، لان الشهادة هي الحد المرسوم للاعلان ، فانه امام عقد تم بالدخول ، وبدون شهود فلا مفر بالاخذ بقول مالك واعتبار العلانية هي الشهادة عن طريق اعلان النكاح ، ليخرج من د[illegible] دائرة الفساد الى مجال الصحة والنفاذ .

المبحث الخامس

ردة احمد الزوجيـــــن

تعريف الردة :

الردة — كفر مسلم مستقر اسلامه[1] بصريح من القول[2] او قول يقتضيه او فعل يتضمنه[4] كالقاء مصحف او تركه في مكان قذر ولو طاهرا كبصاق لا نحو تقليب ورق به ومثل اسماء الله وكتب الحديث والفقه ان كان عالما بوجه الاستخفاف بالشريعة وشد زنار من دخول كنيسة وسحر يعظم غير الله تعالى وينسب اليه المقادير ثم ان جاهر به فيقتل ان لم يتب لقوله صلى الله عليه وسلم : من بدل دينه فاقتلوه وتحقق الردة بترك المسلم او المسلمة دينه الى دين اخر او الى غير دين ولا يقر كل منهما على ذلك فلا يعد نصرانيا او يهوديا من انتقل الى النصرانية او اليهودية ولا يقر من صار ملحدا على الحاده[5] ويكون خروجه من دين الاسلام الى

(1) اي بالنطق بالشهادتين مختارا .

(2) كان ينطق بالشرك بالله .

(3) ان يقتضي الكفر كقوله جسم كالاجسام .

(4) اي يستلزمه لزوما بينا . راجع في ذلك بلغة السالك ج 2 ص 416

(5) الشيخ الخفيف ص 313 المرجع السابق .

ويكون خروجه من الدين الاسلامي الى دين اخر باختياره ولا يعد من ارتد عن الاسلام صاحب دين مهما كانت عقيدته التي ارتد اليها و باصراره على الردة يصير دمه مباحا ان كان رجلا فياخذ حكم الميت فلا تصح تصرفاته ولا ينعقد له عقد ولا يجوز له عهد ، وأن كانت امرأة تحبس حتى تتوب او تموت .

فاذا ارتد الزوج عن الاسلام فيترتب على ذلك وقوع الفرقة بانفساخ النكاح بينه وبين زوجته (1) : في الحال ودون توقف على قضاء القاضي بذلك كما يراه الشيخان ابو حنيفة و ابو يوسف و هي طلاق بائن عند محمد بن الحسن و ابن حزم الظاهري ويستوي ان تكون زوجته مسلمة ام كتابية ووجه اعتبارهم الفرقة فسخا هو ان ما يمنع النكاح في البداية يمنعه كذلك بقاء فليس لمرتد ان يتزوج و اذا تزوج كان عقده غير صحيح (2) . فلو تزوج المسلم مسيحية او يهودية ثم فتنته زوجته و ارتد عن الاسلام الى دينها صار مرتدا و يهدر دمه ، ويحكم القاضي بالتفريق بينه و بين زوجته لانه لا يملك

---

(1) راجع نيل الاوطار للشوكاني ص 306 المرجع السابق ، البدائع ج 2 ص 337/ 338 .

(2) راجع البدائع للكساني ج 2 ص 337 .

انشاء العقد عليها لردته .

فاذا عاد الى دين الاسلام تائبا قبل قتله فيجوز لم ان يجدد النكاح سواء كانت الزوجة في عدتها او خرجت منها ودون اجبارها على ذلك لان الردة بمنزلة الموت لانها سبب مفضي اليه والميت لا يكون محلا للنكاح ولهذا لم يجز نكاح المرتد لاحد من الابتداء فكذا في حال البقاء ولانه لا عصمة مع الردة وملك النكاح لا يبقى مع زوال العصمة (1) . وهو مذهب جمهور الفقهاء ومنهم ابن الماجشون من المالكية خلافا لمذهب المالكية الذي اعتبرها طلاقا بائنا كما ذهب الى ذلك محمد ابن الحسن من الحنفية مستدلين على اعتبارها طلاقا بائنا لانها سلوك اختياري من الزوج لا يتاتى معه بقاء فكان ذلك كاباءته الاسلام حين تسلم زوجته (2) .

واحكام القضاء في الامصار الاسلامية مستقرة على اعتبار الردة من اسباب فسخ النكاح لان المرتد تجري عليه احكام الردة في الشريعة

---

(1) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج 2 ص 267 وما بعدها والمغني ج 7 564 . البدائع ج 2 ص 334 .
(2) البدائع ج 2 ص 336 . الشيخ الخفيف ص 314 المرجع السابق
الشيخ سلام مذكور ص 328 المرجع السابق .

الاسلامية ومن مؤداه الفسخ العاجل لعقد زواجه بلا قضاء (1) .

اما اذا ارتدت الزوجة عن الاسلام فيفرق بينهما بفسخ النكاح في الحال وهو ظاهر المذهب الحنفي باتفاق الامام وصاحبيه وهو ما افتى به مشايخ البخارى ، ولكن ذهبوا الى القول بانها تجبر على الاسلام وعلى تجديد عقد النكاح بمهر يسير حتى لا يمياء للنساء وسيلة لترك ازواجهن عن طريق الردة اذا ما اردن الخلاص منهم (2) . والخلاف بشان ردة احد الزوجين وارد في مذهب المالكية ففي المذهب ان ردة احد الزوجين طلاق بائن لا فسخ ، وذهب الامام المخزومي الى القول بانها طلاق رجعي اما ابن الماجشون فيرى انها فسخ وتقع بها طلقة بائنة في الحال دخل بها ام لم يدخل على القول بانها طلاق وهو المشهور في المذهب ويرى الامام مالك ان الزوجة اذا ارتدت تريد بذلك فسخ النكاح لم يترتب على ذلك طلاق ولا فسخ معاملة لها بنقيض مقصودها .

---

(1) محكمة القاهرة الابتدائية حكم 1957/11/23 . مجموعة الاحكام

(2) راجع الشيخ الخفيف ص 324 المرجع السابق . الشيخ سلام مذكور ص 324 المرجع السابق .

و هو ماذهب اليه مشايخ بلخ و علماء سمرقند حيث افتوا بعدم وقوع الفرقة بردتها لقصدها السيء .

وهو اتجاه في رأي يجب ان ياخذ به التقنين حتى يسد باب كيد الزوجات اللاتي يردن الكيد لازواجهن بالشروع في الفرار من بيت الزوجية و التمكن من الهروب الى غير ديار الاسلام للتلاعب بالدين بولوج باب الردة ليحصلن على الفرقة باسرع الطرق واخبثها .

و ذهب اصبغ من المالكية الى القول بانه اذا انتقل الزوج لدين زوجته الكتابية لا يحال بينهما و ان كان مسلما من قبل .

و يعتبر في حكم ردة الزوجة انتقالها من دين سماوي اقرت عليه الى دين غير سماوي .

و القضاء مستقر على حضر زواج المسلمة بغير المسلم . فحكم بانه

" من المقرر شرعا ان زواج المسلمة بغير المسلم كتابيا كان ام غير كتابي حرام باتفاق ، ولا ينعقد اصلا . كما ان المراة المسلمة اذا ارتدت ثم تزوجت لا ينعقد لها زواج و ان معاشرة الطاعنين لوالد المطعون (المسيحي) سواء قبل ردتها او بعدها محرمة شرعا لا تنتج فراشا و لا

/

ولا تثبت نسبا يتولد عنه اي حق في الميراث .(1)

وارى ان تقنن احكام الردة وان كان القضاء يطبق اصولها الشرعية طبقا للقواعد العامة للشريعة الاسلامية .

(1) تقض مصري طعن رقم 9 لعام 44 احوال شخصية ، جلسة 24 ـ 12 ـ 1975 .

الفصل الثالث

الفرقة بسبب اللعان

تقسيم :

اللعان سبب من اسباب الفرقة بين الزوجين عندما يرمي الزوج زوجته بالزنا او ينفي نسب الحمل او الولد منه او من غيره فتطالب الزوجة اللعان او يطالب هو به و ينقسم الفصل الى المباحث التالية :

الاول : دليل اللعان .

الثاني : شروط اللعان .

الثالث : اثار اللعان .

الرابع: تكييف فرقة اللعان .

المبحث الاول

دليـــل اللعـــان

اجمع الفقهاء على مشروعية اللعان [1] ، وعلى انه لا يجوز مع عدم التحقق

وسند اللعان النص الوارد في قوله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم [2] " .

---

(1) اللعان واللاعنة كلاهما مصدر فعله لاعن ، واللعان الطرد والابعاد من الخير وبابه قطع ، واللعنة الاسم والجمع لعان ولعنات ، والمراة لعين ايضا . راجع مختار الصحاح لمحمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي مادة لعن ، ص 599 ط وزارة المعارف المصرية سنة 1937 القاهرة . ويقال : تلاعنا والتعنا ولاعن الحاكم بينهما والرجل يلاعن والمراة ملاعنة لوقوعه غالبا من الجانبين . راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري الحافظ بن حجر العسقلاني ج 9 ، ص 362 ط بيروت .

(2) سورة النور ، الآيات 4 و 5 .

، والاية فيها بيان حكم جلد القاذف للمحصنة وهي البالغة العفيفة وهي عامة في وجوب حد الجلد لمن يرمي المحصنات ولو كان زوجا رأى زوجته على فاحشة فرماها ، ويدل ذلك ما قضى به عليه الصلاة والسلام في واقعة هلال بن امية حين قذف امراته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سمحاء ، فقال عليه السلام : "لا ، البينة او حد في ظهرك" الى ان نزلت اية اللعان فاقيم اللعان في الزوجات مقام الحد في الاجنبيات (1) . وذلك بالنص في قوله تعالى : " والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة ان لعنة الله علي ان كان من الكاذبين ويدرو عنه العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين (2) ". والنص القراني عام في وجوب اجراء

(1) راجع الفخر الرازي ، جـ 23 ، ص 152 — 153 بـ 154 ، المرجع السابق ابن كثير ، جـ 3 ، ص 264 ، المرجع السابق ط الشعب بمصر ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ 9 ص 362 المرجع السابق ، علي الخفيف ، ص 250 المرجع السابق .
(2) سورة النور ، الآيات 6 ، 7 ، 8 ، 9 .

اللعان بين الازواج وقد وردت في سبب خاص عندما قذف هلال بن امية (1) — على المشهور في كتب الفقه — امرأته مع شريك بن سحماء واراد صلى الله عليه وسلم ان يقيم عليه الحد ، الا انه لم يات باربع شهداء ، فشق ذلك على الصحابة ، حتى ان سيد الانصار سعد بن عباده رضي الله عنه قال : "اهكذا انزلت يا رسول الله ؟" ، فقال سيد البشر عليه الصلاة والسلام : "يا معشر الانصار الا تسمعون ما يقول سيدكم ؟" فقالوا : يارسول الله لا تلمه فانه رجل غيور والله ما تزوج امرأة قط الا بكرا وما طلق امرأة قط فاجترا رجل منا ان يتزوجها من شدة غيرته ... فقال سعد : والله يارسول الله اني لا اعلم انها لحق وانها من الله ولكني قد تعجبت اني لو وجدت لكاعا قد تفخذها رجل لم يكن لي ان اهيجه ولا احركه حتى اتى باربعة شهداء فوالله اني لا اتي بهم حتى يقضي حاجته — فما لبثوا الا يسيرا — حتى جاء هلال بن امية وهو احد الثلاثة الذين تيب عليهم جاء من ارضه عشاء فوجد عند اهله رجلا فرأى بعينيه وسمع باذنيه فلم يهيجه حتى

---

(1) وقيل عويمر العجلاني ، راجع صحيح مسلم ج 3 ، ص 712 وما بعدها
المرجع السابق ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج 9 ص 363
المرجع السابق

اصبح فغدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : " يا رسول الله ، اني جئت على اهلي عشاء فوجدت رجلا فرايت بعيني وسمعت باذني فكره صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه واجتمعت عليه الانصار وقالوا : قد ابتلينا بما قال سعد بن عبادة هلال يجلد فتبطل شهادته في المسلمين فقال هلال : والله اني لا رجوان يجعل الله لي منها مخرجا واني يارسول الله قد ارى ما اشتد عليك ما جئت به والله اني لصادق وعندما شرع عليه الصلاة والسلام في اقامة حد القذف، نزل الوحي بايات اللعان السالفة البيان . . . فقال عليه الصلاة والسلام : ابشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا ، فقال هلال : قد كنت ارجو ذلك من ربي عز وجل فامر عليه الصلاة والسلام باحضار المراءة واجرى بينهما اللعان وفرق بينهما (1) .

فشرع اللعان بدفع حد القذف عن الزوج عندما يرمي زوجته بالزنى ويعجز عن اقامة عبء الاثبات ولدفع حد الزنى عن الزوجة او على الاقل لدفع التهمة التي الصقها بها الزوج عند من لا يرى حدها بحد

---

(1) اورده ابن كثير في المرجع السابق والقصة مبسوطة في كتب التفسير والمراجع السابقة .

الزنى اذا نكلت عن الايمان وابت ان تقربه[1] .

سبب اللعان :

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية الى ان سبب اللعان هو :

1 — قيام الزوج بقذف امرأته بالزنى او بنفي نسب الولد منه او من غيره وتطلب الزوجة حده او لعانه لان ذلك حقها حيث يجري اللعان بناء على طلبها .

2 — ان ينفي الزوج نسب الحمل فيكون لها ان طلبت اللعان او يطالب هو اللعان اذا لم تطلبه .

---

(1) راجع الشيخ الخفيف ص 252 المرجع السابق والشيخ علي حسب الله المرجع السابق ص 178 .

المبحث الثاني

شروط اللعان

1 — ان يعجز الزوج عن اقامة البينة وذلك باحضار اربعة شهود لان اللعان يكون حيث تتخلف الشهود .

2 — الا تقر الزوجة بقذفه اياها بالزنى فان اقرت تخلف اللعان لان الاقرار حجة على المقر فيجب ان تكرر الاقرار اربع مرات لتحد حد الزنى ولا ترجع عن اقرارها .

3 — ان تتصف بالعفة عن الزنى ، فلو تخلفت عنها العفة عن الزنى تخلف اللعان بقذفها لانها قد صدقته بفعلها فصار كما لو صدقته بقولها .

4 — ان تتوافر بجانب العلاقة الزوجية : البلوغ والعقل والاسلام وتثبت العلاقة الزوجية بينهما بعقد النكاح الصحيح عند الجمهور ، ويثبت اللعان في النكاح الفاسد والوطء يشبهه كما ذهب الى ذلك الامام مالك والامام الشافعي رحمهما الله ، لان اللعان شهادات موكدة للايمان مقرونة باللعن في حقه و بالغضب في حقها كما يرى الاحناف ويرى المالكية وغيرهم ان الاخرس يلاعن باشارته لانه مضطر الى اللعان

لحاجته اليه و اذا وطاء الزوج زوجته بعد رؤيتها تزني او علمه بالحمل او وضعه او تاخيره اللعان بعد علمه بذلك يوما بلا عذر في التاخير فلا يجوز لعانه عند المالكية (1) .

5 — ويجب ان يكون القذف به الزنى او نفي الولد و زاد البعض القذف بـ باللواط (2) .

6 — و يجب ان يكون القذف في ديار الاسلام فلو وقع القذف في ديار الحرب، بطل الحد واللعان (3) . وبتكذيب الزوجة لزوجها اذا رماها بالزنى او بنفي الولد او بهما معا مع تخلف البينة و تحقق الشروط السابقة و يطلب احدهما اقامة اللعان يامره الحاكم بملاعنتها وفقا للمنصوص عليه في ايات اللعان وبعد الشهادات بالله فيما رماها به من زنى ، يقول :

---

(1) راجع في ذلك كله المغني جـ 9 ص 10 المرجع السابق ، الدردير جـ 2 ص 458 ، 467 المرجع السابق تحرير الاحكام جـ 2 ص 64 و 68 المرجع السابق البدائع للكساني جـ 2 ص 245 المرجع السابق ... الهداية جـ 7 110 المرجع السابق .

(2) راجع الشيخ الخفيف ص 257 المرجع السابق .

(3) المرجع السابق .

" لعنة الله علي ان كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنى او من نفي الولد او من الزنى و نفي الولد ." وبعد ذلك يامر الحاكم الزوجة بملاعنته بان تقول : قائمة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى او من نفي الولد او من الزنى ونفي الولد عنه وتكرر ذلك اربع مرات ثم تقول غضب الله علي ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنى او من نفي الولد او من الزنى ونفي الولد عنه .

7 — و يجب ان يكون اللعان بحضرة الحاكم او نائبه فلا يتم اللعان الا بحضور احدهما . وهو مذهب جمهور الفقهاء و سند ذلك قضاؤه عليه الصلاة و السلام في اجراء اللعان بين زوجة هلال بن امية و يطلب القاضي من الزوج اللعان اذا طالبته الزوجة و يحبس ان امتنع حتى يلاعن او يكذب نفسه فيما رماها به او يطلقها طلاقا بائنا فان كذب نفسه يحد حد القذف و يجب عليها ان تلاعن اذا التعن الزوج و تحبس عند الامتناع او تصدقه فتحد حد الزنا عند المالكية و فريق من الفقهاء لقوله تعالى : " ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله "(1) و قوله تعالى : " و ليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين "(2) و العذاب هو الحد .

(1) سورة النور ، الاية 8 .
(2) سورة النور ، الاية 2 .

المبحث الثالث

اثار اللعان

يترتب على اللعان بين الزوجين الاثار الاتية :

1 ـ سقوط الحد عنهما عند الكل فلا يحد الرجل حد القذف ولا تحد المرأة حد الزنا .

2 ـ وقوع الفرقة بينهما بمجرد تمام لعانهما دون توقف على تفريق القاضي وهو مذهب مالك وفريق من الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام :

" المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان ابدا . "(1)

والفرقة الواقعة تعد فسخا لا طلاقا لما توجبه من حرمة مؤبدة فلا تحل له بعد ذلك وان كذب نفسه وهو قول مالك وبعض الفقهاء خلافا لابي حنيفة .

3 ـ انتفاء نسب المولود بحكم الحاكم ان كان هناك نفي بالنسب طالبه الزوج من الحاكم ويصح له الحاقه بعد الحكم وهذا الالحاق

(1) راجع الشرح الكبير للدردير جـ 2 ص 463 والمغني جـ 9 ص 28 نيل الاوطار للشوكاني جـ 6 ص 280 المرجع السابق

لا يرتفع به التحريم بين الزوجين وسند ذلك كما يرى مالك هو ان
هلال بن امية نفى نسب ولده وهو حمل في بطن امه و بحصول نفي
الولد يسقط حق التوارث بينه وبين الملاعن كما تسقط النفقة عنه •

وان كان يحامل مع ذلك كمعاملة ابنه على سبيل الاحتياط
فتثبت الحرمية بينهما ولا تجوز شهادة كل منهما للاخر ولا يحد مجهول
النسب ولا يصح ان يدعيه اخر لجواز ان يكذب الملاعن نفسه فيلتحق
به •

المبحث الرابع

تكييف فرقة اللعان

ثار الخلاف في فقه الشريعة حول اعتبار اللعان فرقة فسخ او فرقة طلاق ذهب الطرفان خلافا للجمهور الى اعتبارها طلاق بائن لا يقع الا بتفريق القاضي و استدلوا على ذلك بـ :

1 ـــ واقعة تطليق عويمر العجلاني امرأته عقب اجراء اللعان مباشرة وفي حضرته عليه الصلاة والسلام ، وقوله : ظلمتها ان امسكتها يارسول الله هي الطلاق و هي الطلاق و هي الطلاق ، فلم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك .

2 ـــ ماورد في بعض الروايات عن ابن عباس رضي الله عنهما " ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما .

3 ـــ ان الحرمة الواقعة في اللعان كالحرمة الواقعة في الظهار ، حيث لا تنتهي الحرمة في الاخير وقوع الفرقة ، بيد ان الزوج في الظهار يطالب برفع الحرمة بكفارة مقدرة بالنص او تقرير الحرمة بالطلاق ، اما اللعان فليست هناك كفارة مقدرة ، لكن تقوم الحرمة ويتخلف الامساك

بالمعروف فيتعين التسريح بالاحسان ولا يكون ذلك الا للقاضي الذي

ينوب عن الزوج بالتفريق بينه وبين زوجه .

4 — انه تخريجا على ما تقدم يجوز عند الطرفين ان يعقد الزوج على زوجته بعقد ومهر جديدين بشرطين :

الاول : ان يكذب نفسه وهذا رجوع عن الشهادة ، لا حكم لها بعد الرجوع عنها ، وحينئذ يحد حد القذف و يثبت نسب الولد منه .

الثاني : ان يخرج احد الزوجين عن اهلية الشهادة فينتفي بذلك السبب الذي حد من اجله كان التفريق .(1)

وهذا الاستدلال الذي استدل به الطرفان لا ينهض كادلة على اعتبار اللعان فرقة طلاق لا فسخ ، لان :

1 — تطليق عويمر كان مؤكدا للفرقة الواقعة باللعان ، وهي بالتاكيد اشد منه وليس هناك ما يستدعي انكار النبي عليه الصلاة والسلام على عويمر

---

(1) راجع فتح القدير ، ج 3 ، ص 254 .

2 — تفريق رسول الله صلى الله عليه وسلم في قول ابن عباس فرّق رسول الله بينهما "لا حجة فيه لانه كما يحتمل انشاء الفرقة يحتمل اعلانهما بها او تنفيذها بينهما ، فسقط هذا الاستدلال

3 — حرمة اللعان ليست كحرمة الظهار حيث قدر الشارع لحرمة الظهار حدا . اما حرمة اللعان فهي حرمة مؤبدة ، فكانت كالحرمة الطارئة بما يوجب حرمة المصاهرة ، تستوجب الفرقة حالا دون توقف على قضاء (1)

وذهب الجمهور ومن بينهم : ابوا يوسف وزوفر ابن الهذيل من الحنفية الا ان الفرقة هنا فسخا يتم باللعان دون توقف على قضاء وتثبت به حرمة مؤبدة فلا يحل للزوج ان يعود الى امراته بحال من الاحوال لارتفاع الثقة بينهما .

ووجه ذلك عندهم :

1 — قوله عليه الصلاة والسلام : " المتلاعنان لا يجتمعان ابدا " ، فدل النص من السنة على نفي اجتماعهما على التابيد ، وعلقه بتلاعنهما ،

---

(1) علي حسب الله ، ص 182 ، 183 ، المرجع السابق .

وفي ذلك دليل على ان اللعان دليل الفرقة ، و ((متى وجدت العلة وجد المعلول .)) .

2 — ان قوله عليه الصلاة والسلام لهلال بن امية بعد اجراء اللعان : ((لا سبيل لك عليها ، فان مثله يقال لبيان ما ثبت باللعان لا لانشاء الفرقة ، ولو كان ينشاء فرقة ، لقال فرقت بينكما .

3 — انه لو كان التفريق موكول الى القاضي لصاغ تركه برضاء الزوجين كالتفريق بالعيب ولم يقل بذلك احد (1) .

موقف القانـــــون :

لم يتعرض القانون للفرقة بسبب اللعان كان الفرق الاخرى التي لم يرد بها نص ، واحال القاضي بشانها الى قواعد الشريعة الاسلامية ، وحتى ولو تعرض التقنين للفرقة بسبب اللعان ، فسيندر تطبيقه على اعتبار ان حالات اللعان غير قائمة ، كما ان المشرعين

(1) علي حسب الله ، ص 182 المرجع السابق .

في البلدان الاسلامية لم يتعرضوا لتفصيلات بخصوصه لندرة وقوعه . وعندي ان الضوابط والمعايير التي وضعها مذهب مالك بشان التفريق بسبب الضرر تجعل الفرقة كمخرج يفصم علاقة زوجية اقرب ما توصف انها تقوم على كفر العشيرة ، لكن الخلاف الجوهري يظل قائما فيما يتعلق بآثار اللعان والحرمة المؤبدة بين الزوجين بسبب تلاعنهما وغير ذلك من الاثار التي سبقت الاشارة اليها .

الخاتمة

الخاتمة

من خلال بحثنا للاسباب الخاصة بانحلال الزواج التي جاء بها قانون الاسرة الجزائري يمكن استخلاص ما يلي :

1 — ان المشرع الجزائري قرر الطلاق كمبدأ عام بيد الزوج ، كما يحق للزوجة ايضا ان تطلب التطليق وفقا للحالات التي ذكرها القانون غير ان المشرع لم يترك الزوج يستعمل هذا الحق كيفما شاء ، فقرر للزوجة التعويض اذا ما تعسف الزوج في طلاقه الواقع عليها .

وكان الاجدر بالمشرع ان ياخذ بالمتعة في هذا الصدد لان التعسف يتطلب الامر فيه من المضرور ان يثبت الضرر الواقع عليه ، ولا يخفى ما في ذلك من مشقة على الزوجات ومن ضياع للوقت والمال في سبيل اقامة عبء الاثبات .

2 — اخذ المشرع الجزائري بالضرر بمفهومه الواسع ، فجعل مجرد الضرر الواقع على الزوجة مسوغ لطلب التطليق وفي هذا ضمان لحقوق المرأة وصيانة لكرامتها .

3 ـ جعل المشرع النفقة تشمل جميع عناصرها من غذاء وكسوة وعلاج وسكن اواجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة .

4 ـ كما انه جعل الهجر في المضجع اذا ما زادت مدته عن اربعة اشهر سببا من الاسباب التي يجوز للزوجة ان تستند اليه لطلب التطليق وقد ساير المشرع في ذلك المذهب الحنبلي .

5 ـ كما اخذ المشرع في المادة 2/52 بالطلاق للعيوب فاجاز للزوجة ان تطلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

وما يلاحظ هنا هو ان المشرع قد تجنب التعداد الذي قالت به بعض المذاهب ، واخذ بالراي الذي يعتبر كل ما ينفر احد الزوجين من الاخر عيبا يسوغ للطرف الاخر ان يطلب الطلاق بناء عليه .

6 ـ اخذ المشرع بالنشوز فنص على انه يحكم بالطلاق عند نشوز احد الزوجين وذلك طبقا لما ورد في قوله تعالى :" وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير"(1).

---

(1) سورة النساء ، الاية 128 .

وقد اشترط المشرع لتطبيق المادة 78 من قانون الاسرة محاولة من طرف القاضي لاصلاح ذات البين بين الزوجين اي انه لا يجوز للقاضي ان يحكم بالطلاق في المرة الاولى بل لا بد عليه ان يعرض على الزوجين الصلح فان تصالحا حكم القاضي بذلك و الا حكم لهما بالطلاق .

7 — نص المشرع على نظام الحكمين ، فاوكل الامر للقاضي عند اشتداد الخصام بين الزوجين بان يبعث حكما من اهله وحكما من اهلها لبحث الخلاف بينهما و رفع ما يريانه في تقرير الى القاضي ليقرر بعد ذلك الطلاق او الرجوع .

8 — اخذ المشرع بالشرط فنص على ان للزوجين ان يشترطا من الشروط ما يريانه مناسبا الا ما كان منه مخالفا للقانون .

و هذا النص يتفق و مبدا العقد شريعة المتعاقدين .

9 — كما اخذ المشرع بالغيبة بدون عذر كسبب تستند اليه الزوجة في طلب التطليق ، و اخذ ايضا بالحبس كسبب يجيز للزوجة بمقتضاه ان تلجاء الى القاضي لطلب التطليق .

10 — المشرع و هو بصدد وضع قانون للاسرة لم يلتزم مذهبا معينا في جميع جزئياته ، بل اخذ باليسر من كل مذهب ، و هذا من القواعد المتفق عليها عند فقهاء الشريعة الاسلامية .

11 — يؤخذ على المشرع انه نص على " التعسف" و اراد به "المتعة" ،

و ارى بان يستبدل هذا النص الذي اخذ فيه المشرع بالتعسف و يعوض باخر يقرر فيه المشرع المتعة للمطلقة وفقا لمبادئ و قواعد الشريعة الاسلامية.

12 — كما يؤخذ على المشرع ايضا نصه على عدم استئناف الاحكام الخاصة بالطلاق الا في جوانبه المادية . و اذا كان المشرع قد هدف من وراء ذلك الى :

— تجنيب القضاة في الدرجة الثانية قضايا الطلاق .
— تريث الازواج و التفكير في الامر قبل طلب الطلاق عن طريق القضاء،

فانه بالرغم من ذلك فان القضاة بشر ، و البشر تعوزهم العصمة ، فقد يحكم القاضي بالطلاق بسبب العيب بناء على تقرير ... خبرة طبية خاطئة فكيف يتسنى بعد ذلك رد الامور الى نصابها ان لم نقل باستئناف الاحكام القضائية الخاصة بالطلاق .

12 . نص المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الاسرة على ان القاضي يعود للمسائل التي لم يجد لها نصا يحكمها في قانون الاسرة الى الشريعة الاسلامية .

فاذا كان المشرع قد جعل الشريعة الاسلامية هي المصدر الوحيد لقانون الاسرة بخلاف باقي القوانين الاخرى ، فانه قد وفق في ذلك لان شريعتنا قد فصلت كل احكام الاسرة . فانه يلاحظ على هذا النص ان القاضي لم يحدد له مذهبا معينا للسير على هداه مما قد يجعل الاحكام تختلف بحسب مذهب القاضي ، لان القانون — كما تقدم — لم ينص على جميع حالات الطلاق . فيتعين على المشرع ان يتلافى هذا العموم في النص . اما بالزام القاضي بمذهب معين او بتطبيق اليسر من كل مذهب عند عدم وجود النص في قانون الاسرة يحكم الحالة المعروضة عليه .

وفي الختام اتقدم بالشكر الجزيل الى الاستاذ المشرف لما قدمه لي من مساعدات في انجاز هذا البحث، وكذا الى كل من قدم لي يد المساعدة من الاساتذة والاداريين.

والله ولي التوفيق .

فهرس المصادر والمراجع

كتب التفسير و علوم القرآن .

- ابن العربي   ابو بكر — المالكي — ت 543 هـ ، احكام القرآن بيروت .

- ابن كثير   الحافظ ابو الفداء اسماعيل عماد الدين بن عمر ت 774 هـ . تفسير القرآن العظيم ، دار الشعب القاهرة .

- الالوسي   ابو الفضل شهاب الدين ، ت 1270 هـ ، تفسير روح المعاني .

- الرازي   الفخر — الشافعي — ت 606 هـ ، تفسير مفاتيح الغيب ، دار الكتاب العربي ، بيروت .

- الطبري   الامام جعفر محمد بن جرير ، ت . 310 هـ جامع البيان عن تاويل آي القرآن ، بيروت .

- القرطبي الانصاري   ابو عبد الله محمد بن احمد — المالكي — ت 671هـ تفسير الجامع لاحكام القران ، بيروت .

كتب الحديث وشروحه .

— ابن حجر شهاب الدين الشافعي — ت 852 هـ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري .

— ابن حنبل الامام احمد — امام الحديث — ت 241 هـ المسند ، القاهرة .

— ابن قيم الامام الحافظ ابو عبد الله الجوزية — الحنبلي — ت 751 هـ، زاد المعاد في هدي خير العباد ط الكتاب العربي — بيروت .

— البخاري الامام محمد بن اسماعيل ، ت 256 هـ ، صحيح البخاري ، ط كتاب الشعب ، مصر .

— الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف ، ت 1112 هـ شرح الزرقاني على الموطأ ، بيروت .

— السجستاني سليمان بن الاشعث ت 275 هـ ، سنن ابن داود ، ط القاهرة ، وطبعة بيروت .

— الشوكاني الامام محمد بن علي بن محمد ، الزيدي ت ، [illegible] هـ ، نيل الاوطار من احاديث سيد الاخيار ، شرح منتقى الاخبار ، بيروت .

اصول الفقـــه .

أ ـ موءلفات ائمة المذاهب " التراث .

ـ ابن الحاجب	العلامة الامام ، جمال الدين ابو عمر الصعيدي ت 646 هـ ، مختصر المنتهى ومنتهى الوصول والامل في علمي الاصول .
ـ ابن حزم	الامام على بن احمد بن سعيد ، مفخرة الاندلس ت 456 هـ ، الاحكام في اصول الاحكام ، ط القاهرة ، وهو كتاب من عمد الادلة و النبذ في اصول الفقه الظاهري ، ط الانبار ، مصر ، 1360 هـ .
ـ ابن الهمام	العلامة كمال الدين محمد ، ت 861 هـ التحرير الجامع بين اصطلاحي الحنفية و الشافعية ط . الحلبي ، مصر ، 1351 هـ .
ـ الآمدي	سيف الدين ابي الحسن ، ت 631 هـ ، الاحكام في اصول الاحكام .

ـ السرخسي   شمس الائمة محمد بن احمد ـ الحنفي ـ ت 490 هـ ، اصول السرخسي ، تحقيق ابو الوفا الافغاني ، ط . دار الكتاب العربي بمصر ، 1372 هـ .

ـ الشاطبي   ابو اسحاق ابراهيم بن موسى الغرناطي ت 790 هـ ، الموافقات ـ الاعتصام ـ .

ـ الشافعي   الامام ـ عالم قريش ـ الرسالة ، تحقيق الاستاذ احمد محمد شاكر ، ط. الحلبي . 1358 هـ .

ـ الغزالي   حجة الاسلام ـ الامام ابو حامد ـ الشافعي ت505 هـ ، المصفى في علم الاصول . احياء علوم الدين .

قائمة الائمة الاربعة .

ا ـ الفقه الحنفي

ـ ابن عابدين	محمد امين بن عمر الشهير بابن عابدين رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الابصار ، و هو معروف بحاشية ابن عابدين القاهرة . مجموعة رسائل ابن عابدين في مسائل كثيرة من الفقه ، ط . الاستانة ، و منها رسالة هامة في اعتبار العرف في الاحكام الفقهية بعنوان : نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف و هي في الجزء الثاني .
ـ ابن نجيم	الشيخ ابراهيم زين الدين ، الاشباه و النظائر وادي النيل بالقاهرة عام 1298 هـ .
ـ ابن الهمام	الكمال محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ، ت 851 هـ . فتح القدير مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز و الاسرار لقاضي زاده

المتوفى في عام 988 هـ . على "الهداية بداية المبتدي " ، لبرهان الدين المرغيناني ت 593 هـ ، وبهامشه شرح العناية على الهداية لاكمل الدين البابرتي ، توفي عام 786 هـ . وحاشية المحقق سعد الله بن عيسى المتوفى عام 945 هـ . التحرير ، ط. الحلبي . شرح فتح القدير ط . التجارية .

ـ الرملي ... خير الدين ، حاشية على جامع الفصولين بولاق . الفتاوى الخيرية على هامش الفتاوى الحامدية . القاهرة .

ـ السرخسي ... شمس الائمة ، شمس الدين ت 490 هـ ، المبسوط

ـ الكساني ... ملك العلماء ، الامام علاء الدين ابي بكر مسعود ت 587 هـ . بدائع الصنائع في تركيب الشرائع ط . دار الكتاب العربي ، بيروت .

كبرى زاده ... طاش ، مفتاح السعادة ومفتاح السيادة .

ب . الفقه المالكي .

ـ ابن رشد (الجد)	قاضي الجماعة بقرطبة ، المتوفى عام 520 هـ . عام ولادة حفيده الفيلسوف . المقدمات الممهدات . ط. السعادة القاهرة . 1325 هـ .
ـ ابن رشد (الحفيد)	الامام ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي ، المعروف بابن رشد فيلسوف الاندلس المشهورة توفي عام 590 هـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد . جزءان ط. بيروت .
ـ الحطاب	ـ امام المالكية في عصره ـ محمد بن عبد الرحمان المغربي الاصل المكي المولد ، توفي عام 954 هـ . مواهب الجليل لشرح مختصر ابي الضياء سيدي خليل وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل . لمحمد بن يوسف بن ابي القاسم العبدوي . الشهير بالمواق المتوفى عام 597 هـ .

ـ الخرشـي — ابو عبد الله بن محمد بن عبد الله بن علي ، توفي عام 1101 هـ . على المختصر الجليل للامام ابي الضياء سيدي خليل ، ط . دار الفكر .

ـ خليل — ابو الضياء المالكي ، مختصر خليل .

ـ الدردير — القطب ابو البركات سيدي احمد بن محمد الصعيدي ت 1201 هـ .

ـ الشرح الكبير على اقرب المسالك . و عليه حاشية العلامة عرفه الدسوقي ، ط . دار احياء الكتب ، الباب الحلبي ، القاهرة .

ـ الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ، و بهامشه حاشية احمد بن محمد ت 1241 هـ . تحقيق الدكتور مصطفى كمال و صفي دار المعارف بمصر ، 1393 هـ .

ـ الدسوقي — شمس الدين محمد بن احمد بن عرفه ، توفي 1230 هـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ط القاهرة 1309 هـ

الزرقـانـي — الامام سيدي عبد الباقي توفي عام 1099 هـ على مختصر الامام خليل ، ط. 2 بولاق مصر 1303 هـ.

— السيـوطـي — ابو الحسن علي عبد السلام ، البهجة في شرح التحفة على الارجوزة . المسماة — تحفة الحكام — للقاضي ابي بكر محمد بن محمد بن عصام الاندلسي الغرناطي ، ط. دار الفكر.

— القـيرواني — ابو محمد عبد الله بن ابي زيد " الرسالة " الجزائر 1980.

— مالك بن انس — امام الهجرة ، المدونة الكبرى الجامعة لفقه الامام مالك .
رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخي ، توفـي عام 240 هـ.
عن الامام عبد الرحمان بن القاسم التقي ، توفي عام 191 هـ.
عن الامام مالك ، ط. السعادة بمصر 1323 هـ.

جـ — الفقه الشافعي .

— البيجوري	العلامة الشيخ ابراهيم البيجوري ، حاشية على شرح العلامة ابن قاسم ، على متن شيخ ابن شماع في المذهب الشافعي ، ط . الحلبي 1343 هـ .

— الرملي	الامام شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة ، بن شهاب الدين المصري الشهير بالشافعي الصغير ، توفي عام 1004 هـ . نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه الشافعي ومعه حاشيتا الشبراملسي المتوفى عام 1087 هـ . و المغربي الرشدي المتوفى عام 1096 هـ . ط . الحلبي ، مصر . 1286 هـ .

الشافعي	الامام محمد بن ادريس ، امام المذهب ، الام و بالهامش مختصر المزني (اسماعيل بن يحي) توفي عام 264 هـ . ط . كتاب الشعب . القاهرة .

د - الفقه الحنبلي .

ابن تيمية	شيخ الاسلام احمد ت 728 هـ . القواعد النورانية الفقهية ، تحقيق محمد حامد ، مطبعة السنة المحمدية 1370 هـ .
	- مجموع فتاوى شيخ الاسلام احمد بن تيمية جمع و ترتيب المرحوم عبد الرحمان بن محمد قاسم طبع المكتب التعليمي السعودي بالمغرب .
- ابن قيم	الامام شمس الدين بن عبد الله محمد ابن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، توفي 751 هـ . اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ط . منير الدمشقي ، مصر .
- ابن قدامة	الامام محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن محمود بن قدامى توفي 630 هـ . المغني على مختصر الامام ابي القاسم الخرقي المتوفى عام 334 هـ . و يليه الشرح الكبير على متن المقنع تاليف الامام شمس الدين بن قامه المقدسي المتوفي سنة 682 هـ . ط . دار الكتاب العربي بيروت .

الفقه الظاهري والشيعي .

- الظاهري

- ابن حزم
فخر الاندلس ، الامام ابو علي بن حزم المتوفى عام 456 هـ . (المحلى) وهو من اروع ما كتب في الفقه دقة وعمقا وتحليلا وتاصيلا .

- الشيعي :

- الحلي
الشيخ المحقق ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ت 675 هـ : المختصر النافع في فقه الامامية ط . دار الكتاب العربي بمصر .
- شرائع الاسلام في الفقه الامامي مطبعة الاداب بالنجف .

- الاباضي

- السالمي الاباضي
العالم العلامة ابي محمد عبد الله بن حسين السالمي " طلعة الشمس البهية " ط . الموسوعات بمصر .

المولفات الفقهية الحديثة .

- ابو زهرة	الامام الشيخ محمد ابو زهرة ، الاحوال الشخصية دار الفكر العربي مصر ، .
	- احكام التركات والمواريث دار الفكر العربي مصر .
- بلتاجي	الدكتور محمد بلتاجي دراسات في الاحوال الشخصية ط. 1980 القاهرة .
- حسب الله	الشيخ علي حسب الله .
	- الفرقة بين الزوجين ط. 1968 . دار الفكر العربي مصر .
	- الزواج في الشريعة الاسلامية ط. 1971 .
- حسين	الدكتور عبد القادر حسين ، محاضرات في قانون الاسرة الجزائري .
	احكام المواريث، تاريخ التشريع الاسلامي وهي خلاصة محاضرات القيت على طلبة معهد الحقوق بجامعة باتنة (مطبوعة على الالة الراقنة).

الحسيني	الشيخ محمد الحسيني حنفي . تقنينات الاحوال الشخصية في الجزائر . مجلة العلوم القانونية العدد الثاني ، السنة 16 يوليو السنة 1974 . حقوق عين شمس .

ـ الخفيف . الشيخ علي الخفيف ، فرق الزواج ، في المذاهب الاسلامية ، مطبوعات معهد الدراسات العربية العالمية بمصر .

ـ شلبي الدكتور محمد مصطفى شلبي ، احكام الاسرة في الاسلام ، دراسة مقارنة ط . دار النهضة العربية بيروت 1397 هـ .

ـ الصابوني عبد الرحمان ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية . رسالة . القاهرة 1983 .

ـ الغزالي الاستاذ الامام محمد ، فقه السيرة ، ط . رحاب الجزائر 1987 .

ـ الغندور الدكتور احمد الغندور :

ـ الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي ،

ـ الطلاق في الشريعة الاسلامية . ط . الكويت

ـ قدري — محمد قدري باشا ، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، ط. التاليف بالفجالة بمصر 1895 م و مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان .

ـ مدكور — الدكتور محمد سلام احكام الاسرة في الاسلام ط. دار النهضة العربية بمصر .

ـ معوض — الشيخ معوض محمد مصطفى ، الاحوال الشخصية .

كتب السير و التراجم .

ـ ابن الاثير ابن اثير الشيخ العلامة عز الدين ابن حسن علي بن محمد ، توفي سنة 630 هـ . اسد الغابة في معرفة الصحابة ، كتاب الشعب 1970 م .

ـ ابن هشام . ابو محمد عبد المالك ، توفي 218هـ . سيرة النبي عليه الصلاة و السلام ط . بيروت .

ـ ابو زهرة الامام محمد .

ـ ابو حنيفة

ـ مالك

ـ الشافعي

ـ احمد بن حنبل

ـ الامام الصادق

ـ ابن تيمية

ـ ابن حزم

ـ الامام زيد .

طبعة دار الفكر القاهرة .

البحوث الفقهية و المولفات الثانوية .

ـ ثروت	الدكتور جلال ثروت ، نظرية القسم الخاص ج1 الدار الجامعية بيروت .
ـ حسني	الدكتور محمود ي نجيب ، شرح قانون العقوبات القسم العام ـ القسم الخاص ـ دار النهضة العربية .
	ـ اسباب الاباحة في التشريعات العربية 1962
ـ السنهوري و ابو ستيت	الدكتور عبد الرزاق السنهوري و الدكتور احمد حشمت ابو ستيت . اصول القانون القاهرة 1846
ـ عبد التواب	معوض عبد التواب ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية الجديد المكتبة القومية الحديثة بطنطة 1980 .
مصطفى	الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام .
	شرح قانون العقوبات القسم الخاص ط. دار النهضة العربية . 1965 .

الموسوعات و المجموعات و الدوريات و كتب اللغة .

ا — الموسوعات :

— موسوعة الفقه الاسلامي (دائرة المعارف الاسلامية .

ب — القوانين الجزائرية .

— الميثاق الوطني .
— الدستور 1976 .
— الامر رقم 59/274 في 4 فبراير 1959 .
— المرسوم رقم 59 — 82 الصادر في 1959/9/17 .
— القانون رقم 63 — 204 لعام 1963 .
— قانون الاسرة رقم 84/11 المورخ في 9 يونيو 1984 .
— نشرة القضاء 1963 ، 1965، 1967، 1969، 1982 .
— مجموعة الاحكام — المجلس الاعلى — وزارة العدل ، مجموعة 1 و 2 .

ج — مجموعات القوانين لبعض البلاد العربية .

— القانون رقم 25 لسنة 1920 و القانون رقم 25 لسنة 1925 باحكام النفقة و بعض مسائل و احكام الاحوال الشخصية (مصري) .
— مرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية و الاجراءات المتعلقة بها .

- القرار لقانون رقم 44 لسنة 1979 بتعديل بعض احكام قوانين الاحوال الشخصية المصري و القانون رقم 100 لعام 1985 بتعديل بعض القوانين السابقة .
- مجموعة احكام النقض المصرية .

د - المجلات .

- مجلة المحاماة .
- مجلة المحاماة الشرعية .
- مجلة القانون الاقتصاد (الحقوق القاهرة) .
- مجلة العلوم القانونية (حقوق عين شمس) .
- مجلة الحقوق (حقوق الاسكندرية) .
- مجلة العدالة (وزارة العدل ابو ظبي)
- مجلة الفكر القانوني (اتحاد الحقوقيين الجزائريين) .

كتب اللغة .

- ابن الفضل — جمال الدين محمد بن منظور توفي سنة 711 هـ . لسان العرب . بيروت . 1968 .
- مجمع اللغة العربية — بمصر ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، معجم ألفاظ القرآن الكريم ، سلسلة التراث .
- محمد بن أبي بكر — عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح .
- اسامة مرعشلي — الصحاح في اللغة والعلوم طبعة بيروت .

فهرس الموضوعات

الباب الثاني